

MÁRCIO CAMPOS

**A BOA - FÉ E A BOA-FÉ OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA
CATARINA**

Florianópolis(SC), setembro de 2002

MÁRCIO CAMPOS

Tese apresentada à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina, como
exigência parcial para obtenção do grau de Doutor em
Direito

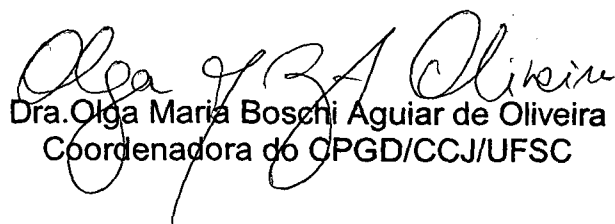
Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira
Júnior

Florianópolis, (SC)
2002

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A BOA-FÉ E A BOA-FÉ OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA
CATARINA**

Márcio Campos


Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira
Coordenadora do CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis (SC), 2002

MÁRCIO CAMPOS

**A BOA-FÉ E A BOA-FÉ OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção de grau de Doutor em Direito no
Curso de Pós - Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
pela Banca Examinadora formada pelos seguintes professores:



Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior – Presidente



Prof. Dr. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhardt - Membro



Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - Membro



Profa. Dra. Maria Alice Ofmeister - Membro

Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo – Membro

Florianópolis, 10 de setembro de 2002

AGRADECIMENTOS

Devo a vós, meus professores, e a vós, meus amigos, muito do que houver de bom e verdadeiro nas páginas que seguem.

POR ISSO, MEU AGRADECIMENTO PENHORADO.

A VOCÊS,

CÉLIA MARIA,

NEWTON

MARINA

AFFONSO PAULO GUIMARÃES

e

JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JÚNIOR

AOS QUAIS DEDICO ESTE TRABALHO.

RESUMO

O objetivo desta tese é o de conhecer, originalmente, a aplicação da Boa-fé objetiva no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. A presente tese se desenvolve em três partes. A primeira trata da delimitação da expressão -Boa-fé; da etimologia da Boa-fé, dos conceitos jurídicos e meta-jurídicos da Boa-fé e trata da acepção histórica de Boa-fé. A Segunda parte aborda as especificidades da Boa-fé e estuda o conceito de princípio, e de norma. Por último, cuida da aplicação da Boa-fé objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, apresentando a síntese a que se chegou. Palavras chaves: consumidor; Boa-fé; Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The aim of this thesis is that of understanding the application of objective Bona Fide (Good Faith) at the Santa Catarina Court of Justice. The thesis is divided into three parts. The first section deals with the limits placed on the legal phrase Bona Fide; the etymology of Bona Fide; and the legal and meta-legal concepts of Bona Fide. It also covers Bona Fide's acceptance over time. The second section looks at the specifics of Bona Fide and studies the concepts of principle and standard. The third and final section details the application of objective Bona Fide within the jurisprudence of the Santa Catarina State Court of Justice, presenting the conclusions at which we have arrived.

Individual Terms:

Consumer

Bona Fides/Good Faith

Objective Bona Fides/Good Faith

RESUMEN

El objetivo de este tesis es el de conocer la aplicación de Buena Fe objetiva en la Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina. Se divide en tres partes. La primera habla de las delimitaciones de la frase Buena Fe; de la etimología de Buena Fe; y de los conceptos jurídicos y meta-jurídicos de Buena Fe. Tambien se refiere a la aceptación histórica de Buena Fe. La segunda trata de los detalles de Buena Fe, estudiando los conceptos de principio y de patrón. La tercera se preocupa con la aplicación de Buena Fe objetiva en la jurisprudencia de la Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, presentando al lector las conclusiones sacadas.

Unitérminos:

Consumidor

Buena Fe

Buena Fe Objetiva

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
RESUMEN.....	8
INTRODUÇÃO.....	13
METODOLOGIA DA PESQUISA - A BOA-FÉ E A BOA-FÉ OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	24
I Esclarecimentos dos Objetivos da Presente Pesquisa.....	24
II Descrição.....	26
III Delineamento da Pesquisa.....	26
IV Conceito e definição de <i>Boa-fé</i>	31
Delimitação da expressão <i>Boa-fé</i>	31
V Processo Mental: conceito, definição, juízo e raciocínio.....	33
a) Conceito e definição.....	33
b) Juízo.....	35
c) Raciocínio.....	35
CAPÍTULO I – O ESTADO DA QUESTÃO – A BOA-FÉ OBJETIVA: CONCEITO E DEFINIÇÃO.....	36
1. Conceito Etimológico de <i>Boa-fé</i>	36
2. Conceito de <i>Boa-fé</i>	36
a) Conceito de Bom.....	36
b) Conceito de Fé.....	37
c) Conceito de <i>Boa-fé</i>	38
3. Conceito geral de <i>Boa-fé</i>	42
4. Conceito Aberto de <i>Boa-fé</i>	43
5. Conceito Positivo e Negativo de <i>Boa-fé</i>	43
6. <i>Boa-fé</i> Fato Psicológico.....	44
7. Definição de <i>Boa-fé</i>	46

CONCEITOS JURÍDICOS DE BOA-FÉ.....	47
1. <i>Boa-fé</i> Ampla e Estrita.....	47
2. <i>Boa-fé</i> Dgmática Jurídica.....	48
3. <i>Boa-fé</i> Fato e princípio.....	48
4. <i>Boa-fé</i> Subjetiva e Objetiva.....	55
5. <i>Boa-fé</i> Real.....	63
 CONCEITOS META – JURÍDICOS DE BOA-FÉ.....	63
1. Conceito Moral de <i>Boa-fé</i>	63
2. Conceito Ético de <i>Boa-fé</i>	67
3. Conceito Eqüitativo de <i>Boa-fé</i>	71
 ACEPÇÃO HISTÓRICA DE BOA-FÉ.....	80
a) <i>Boa-fé</i> no Direito Clássico (greco-romano).....	80
b) <i>Boa-fé</i> no Direito Moderno.....	84
c) <i>Boa-fé</i> antes do Código de defesa do Consumidor.....	93
 CAPÍTULO II – A BOA-FÉ OBJETIVA NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA –	
PRINCÍPIOS E NORMAS.....	99
1. Especificidades da <i>Boa-fé</i>	99
1.a) Espécies de <i>Boa-fé</i>	99
1.b) Categorias de <i>Boa-fé</i>	100
1.c) Setores de <i>Boa-fé</i>	101
1.d) <i>Boa-fé</i> e a Escola da Exegese.....	101
1.e) <i>Boa-fé</i> Crença – Lealdade – <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB) Código Civil Alemão.....	104
1.f) <i>Boa-fé</i> Norma fererência.....	108
2. A <i>Boa-fé</i> Objetiva – Princípio e Norma.....	108
1.a) Conceito de Princípio.....	109
2.b) Conceito de Norma Jurídica.....	139

CAPÍTULO III – A BOA-FÉ OBJETIVA DO CÓDIGO DE DEFESA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O MODO DE SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA185

A Boa-fé Objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.....185

A Boa-fé Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.....208

Desenvolvimento da pesquisa da Boa-fé Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina.....212

1. Categorias e critérios utilizadas: A Boa-fé Princípio e Boa-fé Proteção.....212
 - 1.1 Boa-fé princípio.....212
 - 1.2 Boa-fé proteção.....212

Análise Quantitativa: a Boa-fé Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.....213

- I Tipo de processo.....214
- II Número de acórdão.....215
- III Comarca da procedência dos recursos.....216
- IV Desembargador relator.....217
- V Resultado final do recurso.....218
- VI Órgão julgador.....219
- VII Mês em que foi decidido o recurso.....220
- VIII Ano em que foi prolatado o acórdão.....221
- IX Objeto de litígio no cível.....222
- X Incidência da Boa-fé Objetiva.....223
- XI Suporte Jurídico da Boa-fé Objetiva.....224
- XII Incidência da Doutrina Nacional ou Estrangeira.....225
- XIII Jurisprudência dos Diversos Estados da Federação.....226
- XIV Justificativa da Boa-fé Objetiva.....227

Análise Qualitativa da Pesquisaa: A Boa-fé Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.....228

Extrato dos Acórdãos selecionados.....	229
CONCLUSÃO.....	257
A Boa-fé Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina	257
CONCLUSÕES ESPECÍFICAS.....	260
CONCLUSÃO GERAL.....	260
BIBLIOGRAFIA.....	266
ANEXOS.....	286

INTRODUÇÃO

Antes de tudo, é necessário explicitar a razão de ser do presente estudo sobre “*A Boa - fé e a Boa - fé objetiva na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*”.

Trata-se de um trabalho teórico-prático e sistemático, antes nunca feito, sobre a *Boa-fé objetiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*. Por isso, se constitui numa contribuição ao estudo sobre a *Boa-fé objetiva* nos referidos julgados. Os operadores do Direito poderão se valer do conteúdo do presente estudo para, originalmente, conhecer o modo de como o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nestes casos, vem aplicando a *Boa-fé objetiva*.

O estudo da *Boa-fé*, no presente trabalho, pretende ser uma efetiva contribuição à teoria da argumentação jurídica. Justifica-se, entre outros argumentos, o fato da *Boa-fé* não ter sido conceituada ou mesmo definida, no Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Daí que os conceitos e as definições mostram, no tempo e nos lugares(topoi), como a *Boa-fé* vem sendo conceituada e definida. E, finalmente, de modo especial, como vem sendo empregada, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

A *Boa-fé*, na presente tese, é a *Boa-fé* procedente do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Deriva da lei, é um princípio legal, e, por isso, um cânone, que tem um caráter “aberto”, no sentido de cláusula geral. Isto possibilita uma grande proximidade com o Direito Integral e o Direito Natural, como, por exemplo, demonstra Teodor Viehweg, na sua “*Tópica e Jurisprudência*”.

Veremos que o estudo da *Boa-fé* é uma contribuição para muito além da hermenêutica da Escola da Exegese. Aqui, o estudo da *Boa-fé* abre espaço para uma compreensão sociológica da *Boa-fé*, sem qualquer possibilidade de

“exageros”, isto é, de sociologismos ou sofismas, no uso da *Boa-fé*, seja na *Boa-fé* psicológica ou jurídica. Uma das razões, dentre outras, é que, no presente estudo, trabalhou-se com o critério do realismo moderado, como se verá na explanação.

A *Boa-fé*, objeto do presente trabalho, relaciona-se com a *Boa-fé objetiva* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, consagrada nos artigos 4, III e 51, IV.

Esta tese tem como finalidade conhecer a *Boa-fé objetiva* na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, constante no *CD-Rom*¹ - v. 2 1990/1999 – de responsabilidade da Diretoria de Infra-Estrutura-Assessoria de Informática Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em face da novidade da *Boa-fé objetiva* entre nós, vez que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor tem pouco mais de 10 anos de vigência, - temos a certeza de que os dados objetivos sobre os processos julgados vão revelar elementos que contribuirão para o aperfeiçoamento da Justiça, no âmbito da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Para atingir plenamente, o objetivo colimado, a presente pesquisa foi dividida em três partes: O estado da questão – A *boa-fé objetiva*; a *Boa-fé* na doutrina contemporânea, - sua positivação - princípios e normas – aspectos destacados; e a *Boa-fé objetiva* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor e o modo de sua aplicação na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

¹ *CD-Rom (real only memory)*

O Estado da Questão – A Boa-fé Objetiva

O presente trabalho objetiva conhecer o modo pelo qual o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina vem aplicando a *Boa-fé objetiva*² nos seus julgados³.

Muito embora não conceituada, - a positivação⁴ da *Boa-fé* objetiva, no Direito brasileiro, foi consagrada no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, Lei n. 8.078/90.

Essa lei estabelece “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social [...]”⁵. E o faz em dois momentos: o primeiro, como *princípio*, no artigo 4, inciso III – harmonização; e o segundo, como proteção contra as cláusulas abusivas, no art. 51, inciso IV - *abusividade*.

Tais normas exigem certa atenção, por parte do fornecedor, e cuidados, pelo consumidor de produtos e serviços. Por isso, tais deveres são exigidos até mesmo antes da formação da relação de consumo. Nesse sentido, a Professora Cláudia Lima Marques, na obra, acima mencionada, p. 110, enumera-os como: “dever de informar, que na doutrina alemã se desdobra em dois deveres: o de aconselhamento e o de esclarecimento. Também, os deveres de cooperação, e de

² *Boa-fé* objetiva aqui considerada é a *Boa-fé* expressa no artigo 4, inciso III e artigo 51 inciso IV, todos do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Em face disso, não se levou em consideração a *Boa-fé* expressa no inciso I do artigo 131 do Código Comercial brasileiro, nem as do Código Civil, como se verá adiante.

³ *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti sciencia* – A jurisprudência é a noção das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto – D. 11, 10, 2 Ulpianus I regularum. In: SCIACIA, Gaetano. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro**. Textos e apontamentos extravagantes com prefácio do Prof. Dr. Alexandre Correia. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 48

⁴ Cf. MARQUES, Cláudia Lima **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 110. Antes do CDC a *Boa-fé* não foi objetivada no Código Civil Brasileiro. Uma das grandes razões é apresentada por CUSTÓDIO, Helita Barreira. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, n. 60, p. 513 e seguintes, assim: PEREIRA, Caio Mário da Silva, ressalta que “[...] o Código Civil não fez apelo à *Boa-fé*, expressamente como o alemão, o suíço das Obrigações, o italiano, mas ordena que no negócio jurídico se atenda mais à intenção que ao sentido literal da linguagem (artigo 85), e nesta busca subjetiva há de estar presente a perquirição da *Boa-fé*. Reprovando e fulminando o dolo e a fraude, a lei repele a atuação do contratante desleal; anulando o ato simulado, faz prevalecer a *Boa-fé* contra a vontade manifestada com a intenção de lesar”. (**Lesão nos contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Universitária, 1993. p. 127-128).

⁵ Conforme o artigo 1 do Código de Defesa do Consumidor. Ver, nesse sentido: BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover et al.. Rio de Janeiro: Forense Universitária Universitária Universitária, 1996. p. 22.

cuidado”.

No Código de Defesa e Proteção do Consumidor, a aplicação da *Boa-fé* pode ser exemplificada mediante a junção do conteúdo dos artigos 30 (oferta), 31 (informação) e 51(cláusulas abusivas). Além disso, diversas circunstâncias, que decorrem da legislação, determinam postura de cuidado (deveres) em favor do Consumidor, na relação de consumo, das quais se destacam três.

A primeira, se apresenta em face da cogência (norma de ordem pública) da Relação de consumo, artigo 1 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

A segunda, assinala que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor é uma lei *princípio* e por isso mesmo, é “aberta”, ao contrário da regra positiva do Código Civil, que é *fechada* ou seja, o fato deve encaixar-se perfeitamente no conteúdo da norma. Nesta, há autonomia da vontade, e prepondera a liberdade contratual.

Uma vez ajustado, o contrato (relação contratual) faz lei entre as partes. No caso concreto, “se a lei é omissa, o juiz decide o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *Princípios Gerais de Direito* “ (artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Na relação de consumo (disciplinada pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor), o fato se encontra tutelado pela lei que obriga, antes mesmo da contratação entre fornecedor e consumidor. Basta a oferta suficientemente precisa, art. 30 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, para que a lei se estenda, cobrindo toda a relação de conduta, protegendo o consumidor.

E a terceira, ao consagrar entre nós a *Boa-fé objetiva*, o legislador espera que todas as relações de consumo sejam atingidas⁶ e consagradas pela *Boa-fé*.

⁶Assim, com tal abrangência, em MONTESQUIEU. *Espírito das Leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Introdução de Otto Maria Carpeaux. Com as anotações de Voltaire, de Crévier, de Mably, de La Harpe et al. Rio de Janeiro: Ediouro. “ [...] os juizes romanos procediam sem nada aumentar, diminuir ou modificar (p. 86); e mais adiante “Os essênios (1161) faziam voto de observar a justiça contra os homens, de não fazer mal a ninguém, nem mesmo para obedecer a outrem, de odiar aos injustos, de agir com *Boa – Fé* para com todo o mundo, de comandar com modéstia, de tomar sempre o partido da verdade, e de evitar todo ganho ilícito” (p. 314).

Assim, com tal força, já havia entre nós, outras leis, como por exemplo⁷: a Consolidação das Leis Trabalhistas, que disciplina o contrato de trabalho assalariado (Decreto-Lei n. 5.452 de 1943); o Estatuto da Terra, que disciplina o contrato entre proprietários e não-proprietários de terras (Lei n. 4.504 de 1964), a Lei do Condomínio, que disciplina o uso da propriedade em condomínio (Lei n. 4.591 de 1964), a Lei do Inquilinato, que disciplina a relação entre proprietários e não-proprietários de imóveis urbanos para fins de moradia, comércio, indústria e prestação de serviço (Lei n. 8.245 de 1991) etc.

Na relação de consumo, a categoria - consumidor, é a tutelada, é o que precisa de proteção, é a do “fraco”⁸. Antônio Hermann de Vasconcelos e Benjamin⁹ mostra bem que o “fraco”, em sua época, isto é, de 1930 até 1980, foi o fornecedor de produtos ou serviços, e, já foi, suficientemente protegido, pelo Estado.

Isso ocorreu, quando da instalação no Brasil das usinas de fornecimento de energia elétrica; o mesmo ocorrendo com o sistema de Comunicações, e, da mesma forma na implantação do nosso sistema de transporte rodoviário, ferroviário, aeroviário, marítimo, etc. Como ele diz, “aprenderam a voar”. Agora, é a vez do consumidor ser protegido. Nestes e em outros casos, amparados pelo Direito Clássico, houve um abuso no exercício da liberdade de contratar¹⁰.

⁷Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 89.

⁸A resolução da ONU n. 39.248, aprovada em 10.04.85, fornecia o *piso* para a efetiva proteção do *fraco* na relação de consumo, mediante os seguintes pontos básicos:

- a) proteção dos consumidores frente aos riscos para a saúde e segurança;
- b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) acesso dos consumidores à informação adequada sobre o produtor e serviços existentes no mercado;
- d) educação do consumidor;
- e) possibilidade de compensação efetiva do consumidor em face dos danos ou prejuízos sofridos;
- f) liberdade para que sejam constituídos grupos ou organizações de consumidores, assim como a necessidade de que sejam ouvidos na tomada.”

⁹Ver o artigo de BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcelos. *O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 36, abr./jun., 1998: “Desde o seu nascimento, a aviação comercial postulou (e recebeu) tratamento diferenciado pelo Direito. Por um lado, a indústria surgiu sob um clima original de aventura, de insegurança geral tecnológica, de sofisticação [...] Tudo isso bastava para explicar suficientemente a existência de mecanismos exoneratórios ou limitativos de responsabilidade civil.”

¹⁰Ver o conceito clássico de contrato, por Friedrich Karl von Savigny, apontado pela Professora Cláudia Lima Marques, obra acima mencionada, 1995, p. 30: “[...] o contrato é a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes” [...] desse conceito, ela extrai os elementos básicos que norteiam o contrato no direito clássico: “(1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito. Em outras palavras, na teoria do direito, a concepção clássica de

Com acerto, vêm as conclusões da Professora Cláudia Lima Marques¹¹:

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor instituiu no Brasil o *princípio* da proteção da confiança do consumidor. Este *princípio* abrange dois aspectos, o primeiro da proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas [...] e a proteção da confiança da prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

No presente estudo, adotou-se o conceito finalista¹² de Consumidor, apresentado pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa e Proteção do Consumidor¹³, que assim se expressam:

Consoante já salientado, o conceito de Consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

contrato está diretamente ligada à doutrina da autonomia da vontade e aí seu reflexo”.

¹¹ Obra acima mencionada. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 1995. p. 96 - 97.

¹² A Professora Cláudia Lima Marques, sempre foi uma ardorosa defensora da teoria finalista. Diz que os argumentos dos autores do anteprojeto, em prol da teoria finalista, são teleológicos (relacionado com a causa final), acrescentando argumentos de vulnerabilidade – jurídica, técnica e econômica, tal qual dispõe o artigo 4º do CDC. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 140, 143, 150.

¹³ BRASIL. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al.. São Paulo: Forense Universitária Biblioteca Jurídica. 1996. p. 25, 26, 27, 28. Artigo 2º:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Para os mencionados autores do Anteprojeto do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, a justificativa encontra-se na vulnerabilidade econômica, conforme vimos, anteriormente, nos argumentos de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamn. Ainda, os Autores do anteprojeto do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, na mesma obra¹⁴, se apoiavam, também, no conceito de Consumidor formado pelo Professor Fábio Konder Comparato, para o qual, os Consumidores são aqueles “que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”, enfatizando ainda que “o Consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”. Na mesma esteira, trazem os argumentos de José Reinaldo de Lima Lopes¹⁵, nos quais, o destaque é para o “fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital [...]”. Os Autores mencionados inspiram-se no conceito teleológico aristotélico: fazer justiça, isto é, tratar com igualdade os iguais, e, desigualmente, os desiguais.

Concluindo, podemos afirmar que todos os demais conceitos de Consumidor, que fogem à “mens legis” dos autores do anteprojeto do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, formam a teoria maximalista, cujas razões e fundamentos, vão para além da finalidade do presente trabalho, cuja causa final é, como assinalamos conhecer o conceito de *Boa-fé* objetiva e o modo de como o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina julga nestes casos. Contudo, em respeito e consideração aos leitores, recomendamos, nesse sentido, a leitura do clássico “Contratos no Código de Defesa do Consumidor” de autoria da Professora Cláudia Lima Marques.

Na ordem hierárquica das leis, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor é uma lei Infra – Constitucional, no sentido de que procede diretamente da

¹⁴ BRASIL. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al.. São Paulo: Forense Universitária Biblioteca Jurídica. 1996. p.27.

¹⁵BRASIL. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al.. São Paulo: Forense Universitária Biblioteca Jurídica. 1996. p.27, 28.

Constituição Federal, por força do artigo 48 das Disposições Transitórias. Logo, hierarquicamente, se distingue das leis ordinárias em geral, que regulam as relações contratuais. E para encerrar, a proteção da Relação de Consumo, integra o título da Ordem Econômica da mesma Constituição, como um *Princípio Geral* da atividade econômica, conforme o artigo 170, inciso V. Encontra-se, igualmente, configurada a tutela do consumidor no artigo 5º, inciso XXXII (obrigando o Estado a promover, na forma da lei, a proteção do consumidor).

Para a Professora Cláudia Lima Marques, a diferença estrutural encontra-se no sentido e no significado de sinalagma, além do que foi ensinado até hoje por bilateralidade, para compreendermos a importância da *Boa-fé*, como *princípio* orientador da relação de consumo. Para ela, sinalagma¹⁶ é um “elemento imanente estrutural do contrato, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações correspectivas, é o nexa final que, oriundo da vontade das partes, é moldado pela lei”.

E prossegue:

no CDC o sinalagma não significará apenas bilateralidade, como acreditam muitos doutrinadores brasileiros influenciados pelo artigo 1.102 do ‘Code Civil français’. Revivendo suas fontes gregas, sinalagma significa contrato, convenção, um modelo de organização [...] das relações privadas. O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor maior *boa-fé* nas relações o mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por consequência, o equilíbrio contratual.

Daí que, como se disse acima, o Código Civil (1916)¹⁷, criado ainda na autonomia

¹⁶Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 11, n. 1, jan./mar. 2000. p. 29.

¹⁷SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico Brasileiro*. Coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 6. p. 66, sobre a *Boa – Fé* sob o Código Civil brasileiro de 1916, a respeito da presunção da *Boa-fé*, e sobre a necessidade de prová-la, nos traz a opinião de Clóvis Beviláqua, em relação ao tema: “Clóvis Beviláqua também escreve, em relação a *Boa-fé*: ‘ela sempre se presume, enquanto um fato positivamente não autoriza a afirmar sua

plena da vontade, ensaia uma proteção restrita, embora expressa, mas não objetiva, no tocante à *Boa-fé*, e por isso, repetitiva, em 22¹⁸. (vinte e duas) ocasiões: Fraude contra credores, artigo 122; Nulidade do casamento, artigo 221 e parágrafo único; Direito das coisas, artigos: 490, 491, 510, 511, 549, 520, 521, 619, 622; Direito das obrigações – questões de pagamento – artigos: 935, 968; Cessão de crédito artigos: 1072, 1073; Contratos, artigos: 1272, 1321, 1382, 1404, 1443, 1477 e parágrafo único; e nas Declarações Unilaterais de vontade, artigo: 1507.

A exposição de motivos do supervisor, Professor Miguel Reale, da Comissão revisora e elaboradora do Código Civil ao Doutor Armando Falcão - na ocasião Ministro da Justiça – (Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975 – atual Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. p.44) é esclarecedora para a compreensão de como evoluiu a *Boa-fé interpretação*, para a *Boa-fé objetiva* no Código Civil:

[...] c) Tornar explícito como *princípio condicionador* de todo processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da *Boa-fé* e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, indispensável; talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

O Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que ab-roga o Código Civil de 1916) evolui no sentido preconizado pelo Professor Miguel Reale, positivando expressamente a *função social do contrato* no artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e a *Boa-fé objetiva* no artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os *princípios de probidade e Boa-*

inexistência (Direito das Obrigações, parag. 60). E alhures, afirmam-nos que “[...] o dolo não se presume, deve ser provado” obra citada, p. 183 in fine.”

¹⁸WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 155, contou cerca de 30 artigos que expressamente a *Boa-fé*, a má fé, mais de 20, nada diz quanto aos contratos diretamente.

fé". A *Boa-fé do Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) não é de ordem pública ou de natureza cogente como é a *Boa-fé* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Ambas, porém, exigem deveres de conduta, como o de confiança, o de lealdade, como também o dever de informar, etc.

O fato é que, num certo sentido, houve, entre nós, uma relativa incompreensão sobre a funcionalidade e aplicação do *princípio da autonomia da vontade*, como já pontificava F.C. De San Tiago Dantas¹⁹ "[...] não foi, porém, jamais entendido e afirmado como *princípio absoluto*, a salvo de limitações". E prossegue: "Assim como nunca se concedeu o direito de propriedade como senhoria absoluta e ilimitada, afirmando-se pelo contrário, limitações legais de ordem pública e privada aos poderes do proprietário, assim nunca se afirmou o *princípio* de autonomia da vontade como faculdade de contratar tudo que aprouvesse às partes, sem limites e censuras de ordem jurídica e moral".

Ao que tudo indica, tais limitações, apesar da injustificada resistência, estão sendo admitidas em nosso Direito Privado dos Contratos, somente, após o advento do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Assim, parece que a questão encontra-se no limite da autonomia da vontade²⁰, com o caráter de ordem pública e social da lei, isto é: do individualismo devemos passar para a função social dos contratos, consoante o artigo 170 da Constituição Federal de outubro de 1988.

Isto posto, e em face da novidade *Boa-fé objetiva* entre nós, vez que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor está com pouco mais de 10 anos de vigência, e como há o pressuposto de que exista uma carência enorme de dados objetivos sobre referidos processos julgados, e que tais dados após identificados,

¹⁹Cf. DANTAS, F. C. De San Tiago. Doutrina: Evolução Contemporânea do Direito Contratual. *Revista Forense Universitária Universitária*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, Fascículos 583, 584, p. 6, 1952.

²⁰Ver com mais detalhes: RODRIGUES, Sílvio. Do erro – Do Dolo. In: _____. *Dos Defeitos dos Atos Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [19--]. v. 1. p. 30 – 31, trata da noção de ordem pública e a autonomia da vontade, traçando paralelo com o pensamento do autor francês Juliot de la Morandière – o qual reflete a posição dos autores do século XIX em face da concepção atual - individualismo em relação a

discutidos, confrontados com a doutrina e com a jurisprudência possam contribuir para revelar o conteúdo e elementos que levem a uma crítica construtiva para o aperfeiçoamento e entendimento do consumerismo no âmbito da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O pressuposto é que o conhecimento da realidade é imprescindível para determinar o que existe, como existe, se é bom, se é justo, e se é possível melhorar.

A causa final do presente trabalho é conhecer o conceito de *Boa-fé objetiva*, e o modo de como o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina julga nestes casos.

METODOLOGIA DA PESQUISA – A BOA-FÉ E A BOA-FÉ OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

I Esclarecimentos do Objetivo da Presente Pesquisa

Esta pesquisa pretende verificar o modo de como a *Boa-fé objetiva* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor foi aplicada no período de 1990 a 1999, nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em decorrência da pesquisa e dos trabalhos realizados sobre o tema central da presente tese, isto é, a *Boa-fé objetiva* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, travou-se conhecimento com outras realidades, as quais foram úteis para complementar o estudo.

Assim, o material coletado e estudado revelou o seguinte:

- a) o grau da receptividade do Código de Defesa do Consumidor perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina;
- b) os acórdãos nos quais se faz menção da doutrina nacional ou da doutrina estrangeira, como justificativa da aplicação da *Boa-fé objetiva*;
- c) os acórdãos nos quais se faz menção à *Boa-fé objetiva*, tanto na jurisprudência nacional, quanto na jurisprudência estrangeira;
- d) o tipo de demanda cível que exigiu o emprego da *Boa-fé objetiva*, como razão de decidir;
- e) o tipo de recurso ou procedimento utilizado na justificativa da *Boa-fé objetiva*;
- f) a identificação das câmaras cíveis que utilizaram a *Boa-fé objetiva*, o tipo de litígio, e a sua razão de decidir;

- g) o resultado das demandas cuja razão de decidir foi a *Boa-fé objetiva*;
- h) os desembargadores e as justificativas que empregaram no uso da *Boa-fé objetiva*;
- i) o percentual de uso por ano, a partir de 1990 (ano de início de vigência do Código de Defesa e Proteção do Consumidor), da *Boa-fé objetiva*, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina;
- j) a média percentual mensal de uso da *Boa-fé objetiva* a partir de 1990;
- k) o objeto do litígio dos acórdãos que empregaram a *Boa-fé objetiva*;
- l) e, finalmente, identificar, com precisão, a fonte legal consagrada nos acórdãos que empregaram a *Boa-fé objetiva*.

Metodologicamente fizemos uma pesquisa em 253 obras jurídicas sobre a *Boa-fé objetiva*, a fim de satisfazer ao máximo a indagação sobre a referida expressão.

É um trabalho de pesquisa quantitativo e qualitativo, embora delimitado, como já se mencionou.

O objetivo de assim proceder foi o de se extrair o melhor rendimento analítico dos dados, sem perder de vista a precisão e a amplitude. Em assim procedendo, o autor se reportou ao que foi exposto pela Professora Cláudia Lima Marques, em documento inédito, sob o título²¹: A crise científica do Direito na pós-modernidade

²¹Inédito - publicado no xerox da ata situado Centro Sócio Econômico -CSE, da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, no início do ano letivo de 2.000. Ouso transcrever um trecho, que se encontra no início do título da página 6: "O método da pesquisa em Direito tende a ser o *tradicional*, isto é, pesquisa documental e método dedutivo e comparativo, com uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, a análise destas fontes e do Direito comparado, análise da base legal, elaboração ou crítica da interpretação legal, a crítica e a constatação de tendências e doutrinas (ou dogmas) prevalentes na sociedade e no sistema. Este método foi contestado e superado por um novo método desconstrutor, de análise do Direito como discurso, das normas como premissas ideológicas, com ajuda de uma metodologia típica de outras ciências sociais, propondo ao jurista, na ânsia para ser 'atual', que use pesquisa quantitativa (estatística) ou para que use

e seus reflexos na pesquisa.

Desse modo, o procedimento foi o de combinar os métodos indutivo e dedutivo, com o intuito de atingir, em grau máximo, o objetivo perseguido.

II Descrição

O *Cd-rom*, aqui, mencionado foi a base jurisprudencial do presente trabalho.

A seleção dos acórdãos foi obtida mediante o seguinte procedimento:

Com o *Cd-rom* no *drive* do computador, clicou-se o *mouse* no comando *pesquisar*, digitou-se a expressão *Boa-fé*, e aguardou-se o resultado da seleção.

Foram selecionados 2.051 acórdãos que empregaram a expressão *Boa-fé*.

III Delineamento da pesquisa

Partindo do *Cd-rom*, já referenciado, deu-se início ao delineamento em questão, com o objetivo de alcançar os resultados pretendidos.

Foram separados, identificados, classificados e tratados os acórdãos supracitados, conforme veremos no item a seguir.

I. Tipo de processo

Por tipo de processo entende-se o critério das diversas modalidades de recursos

a pesquisa qualitativa (estudo de casos) sempre com um referencial teórico específico de uma determinada linha de pensamento jurídico. Instaurou-se assim, sem sentido algum, uma espécie de 'guerrilha' metodológica na pesquisa em

da competência do Tribunal de Justiça de Segunda Instância.

Por recurso, adotou-se o modo de admissibilidade contido no artigo 496 do Código de Processo Civil, isto é, os recursos da competência dos Tribunais de Segunda Instância da Justiça Comum Estadual.

Desse modo, foram selecionados 15 (quinze) modalidades de recursos: ação rescisória, agravo de instrumento, agravo no agravo de instrumento, apelação cível, apelação cível em mandado de segurança, apelação crime, conflito de jurisdição, embargos de declaração, embargos de divergência, embargos de declaração opostos ao acórdão, embargos de declaração opostos ao agravo, embargos de declaração na apelação cível, embargos infringentes, "habeas corpus" e mandado de segurança.

Objetivando ampliar a análise dos recursos examinados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, foram selecionados, também, os recursos cuja motivação se encontra além da enumeração taxativa do artigo 496 do Código de Processo Civil. Assim por exemplo os processos crimes nos quais aparece a expressão *Boa-fé objetiva*.

II. Número de acórdão

Nos 80.364 acórdãos examinados foram separados aqueles que trataram da *Boa-fé objetiva* e da *Boa-fé subjetiva*.

Selecionaram-se assim 2.051 acórdãos dos quais foram separados 23 que falam da *Boa-fé objetiva* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

III. Comarca da procedência dos recursos

Os 80.364 acórdãos selecionados procedem de 84 Comarcas do Estado de Santa Catarina.

Abelardo Luz; Anchieta, Anita Garibaldi, Araranguá, Balneário Camboriú, Barra Velha, Biguaçu, Blumenau, Bom Retiro, Braço do Norte, Brusque, Caçador, Campo Erê, Campos Novos, Canoinhas, Capinzal, Capital²², Chapecó, Concórdia, Correia Pinto, Criciúma, Cunha Porã, Curitibanos, Descanso, Dionísio Cerqueira, Fraiburgo, Gaspar, Guaramirim, Ibirama, Içara, Imaruí, Imbituba, Indaial, Itaiópolis, Itajaí, Itapiranga, Ituporanga, Jaguaruna, Jaraguá do Sul, Joaçaba, Joinville, Lages, Laguna, Mafra, Maravilha, Mondaí, Orleans, Palhoça, Palmitos, Papanduva, Piçarras, Pinhalzinho, Pomerode, Ponte Serrada, Porto União, Quilombo, Rio do Sul, Rio Negrinho, Santa Cecília, Santo Amaro da Imperatriz, São Bento do Sul, São Carlos, São Domingos, São Francisco do Sul, São João Batista, São Joaquim, São José, São José do Cedro, São Lourenço do Oeste, São Miguel do Oeste, Seara, Sombrio, Taió, Tangará, Tijucas, Timbó, Trombudo Central, Tubarão, Turvo, Urubici, Urussanga, Videira, Xanxerê e Xaxim.

IV. Desembargador relator

Os 80.364 acórdãos foram prolatados por 62 julgadores, na condição de desembargadores e juízes substitutos de 2º Grau: Alcides dos Santos Aguiar, Alberto Luiz da Costa, Álvaro Wandelli Filho, Anselmo Cerello, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Cláudio Barreto Dutra, Carlos Silveira Lenzi, Carlos Prudêncio, Francisco Borges, Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, Francisco Xavier Medeiros Vieira, Genésio Nolli, João Eduardo de Souza Varela, João José Ramos Schaefer, João Martins, Jorge Mussi, José Gaspar Rubik, José Roberge, José Trindade dos Santos, Napoleão do Amarante, Newton Trisotto, Orli de Ataíde Rodrigues, Paulo Benjamim Fragoso Gallotti, Pedro Manoel Abreu, Sérgio Torres

²² Para fins de Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina, Capital é a cidade de Florianópolis (SC).

Paladino, Wilson Eder Graf, Wilson Guarany Vieira, Abelardo Luz, Antônio Monteiro Rocha, Ayres Gama Ferreira de Mello, Cid Pedroso, Cláudio Marques, Dionísio Jenczak, Eduardo Luz, Eralton Viviani, Ernani Ribeiro, Helio Mosimann, José Bonifácio Silva, José Macedo Neto, Leonardo Alves Nunes, Marcio Batista, Nauro Collaço, Norberto Ungaretti, Nestor Silveira, Odete Maria de Oliveira, Protásio Ial, Rejane Andersen, Renato Melillo, Rogério Lemos, Rubem Cordova, Tycho Brahe, Tereza Tang, Torres Marques, Wladimir Divanenko, Nelson Schaefer Martins e Aloysio Almeida Gonçalves.

V. Resultado final do recurso

Os acórdãos, em questão, foram separados em 05 (cinco) categorias de provimento: não provido; provido; parcialmente provido; converter o julgamento em diligência e os demais acórdãos receberam outras classificações.

VI. Órgão julgador

Os acórdãos objeto do presente trabalho foram classificados consoante a organização estabelecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ou seja, em 15 (quinze) órgãos julgadores, assim nomeados: Primeira Câmara Cível, Segunda Câmara Cível, Terceira Câmara Cível, Quarta Câmara Cível, Primeira Câmara Crime, Segunda Câmara Crime, Câmara Cível Especial, Órgão Especial do Tribunal Pleno, Órgão Especial do Tribunal de Justiça, Primeiro Grupo de Câmaras, Câmaras Criminais Reunidas, Segundo Grupo de Câmaras, Seção Civil, Câmara de Férias e Conselho Disciplinar da Magistratura.

VII. Mês em que foi decidido o recurso

Todos os acórdãos foram classificados pelo mês de decisão, ou seja, julgados nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro.

VIII. Ano em que foi prolatado o acórdão

Embora na apresentação do *Cd-Rom* conste que seus dados se referem ao período de 1990 a 1999, na realidade seus arquivos tiveram início em 1987.

IX. Objeto de litígio no cível

Como vimos, dos 80.364 acórdãos foram classificados e separados os 2.051. Todos se referem, genericamente à *Boa-fé*, sem preocupação alguma de distinguir a *Boa-fé* objetiva da subjetiva. Dos 2.051 separaram-se os que tratavam da *Boa-fé objetiva*, segundo o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, isto é, 23 acórdãos.

X. Suporte jurídico da *Boa-fé objetiva*

O suporte jurídico da *Boa-fé objetiva* é o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

XI. Doutrina nacional ou estrangeira

A finalidade do presente item é identificar a nacionalidade da doutrina utilizada pelo julgador como amparo do uso da expressão *Boa-fé objetiva*.

XII. Jurisprudência dos diversos Estados da Federação

O fim deste item é apontar onde a jurisprudência do Estado de Santa De Santa

Catarina buscou suporte ou amparo nos demais Tribunais existentes nos Estados, Territórios ou no Distrito Federal.

Para os casos em que não foi possível identificar tal condição, colocou-se no texto apenas “nihil”. Pela pesquisa, constatou-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina amparou-se na jurisprudência dos seguintes estados: Acre (AC), Alagoas (AL), Amazonas (AM), Amapá (AP), Bahia (BA), Ceará (CE), Distrito Federal (DF), Espírito Santo (ES), Goiás (GO), Maranhão (MA), Minas Gerais (MG), Mato Grosso do Sul (MS), Mato Grosso (MT), Paraíba (PA), Pernambuco (PE), Piauí (PI), Paraná (PR), Rio de Janeiro (RJ), Rio Grande do Norte (RN), Rondônia (RO), Roraima (RR), Rio Grande do Sul (RS), Sergipe (SE), São Paulo (SP) e Tocantins (TO).

XIII. Justificativa da *Boa-fé objetiva*

Neste item, o objetivo é identificar a razão, o motivo, a justificativa que levou o julgador a usar a *Boa-fé* para decidir.

IV Conceito e definição de *Boa-Fé*

Delimitação da expressão *Boa-Fé*

A *Boa-fé*, orientadora das ações humanas, já era considerada nas comunidades gregas. A não consideração da mesma conduz a degradação, fazendo com que todos percam. Assim, Werner Jaeger inicia sua *Paidéia*²³, lembrando os valores

²³Ver: JAEGER, Werner. *Paidéia: a Formação do Homem Grego*. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 85: “ Não há nada de tão característico no sentimento pessimista do povo trabalhador como a história das cinco idades do mundo, que começa com os tempos dourados, sob o domínio de Cronos, e leva, pouco a pouco, em linha descendente, à subversão do direito, da moral e da felicidade humana nos duros tempos atuais. Aidos e Nêmesis velaram-

eternos que devem nortear a vida do homem na cidade ou no campo. Nesse sentido, como valor, a *Boa-fé* equilibra e estabiliza a sociedade. A razão se encontra na confiança. Esta é a mola propulsora dos negócios, e também da paz.

Além do Direito, a moral e os usos demandam limites à conduta do homem. Nesse sentido, o agir implica um mandato.

Na medida em que o homem foi elaborando o conhecimento, foi distinguindo os conceitos²⁴ e separando os efeitos. Assim, prossegue Eneccerus: “por seu conteúdo: a) o mandato moral exige em primeiro lugar a intenção moral”. “Querer o bem por si mesmo é o imperativo do direito moral”. O mandato jurídico atua no externo, e por tal, exige uma conduta externa, ações e omissões.

Conclui, assinalando que “[...] a intenção conta, não é indiferente ao direito, mas se toma em conta em relação com a conduta externa; b) o Direito impõe deveres, só em razão do próximo, no interesse dos outros, da coletividade”. “O dever moral, em troca, ordena, em primeiro lugar, em razão de nós mesmos, de nossa própria consciência”; e c) “[...] os mandatos da moral deixam a decisão por conta da consciência individual de cada um”. A moral ordena: “Trata de descobrir o verdadeiro bem e por tua consciência em harmonia com que tu consideras o bem”. “O Direito, ao contrário, mesmo que determine o conteúdo do mandato, faz isto, omite aquilo, não declara decisivo o arbítrio ou a consciência do particular, deixa uma margem à equidade, senão a critério da coletividade, ou do juiz, ou de um outro órgão”. “Assim o Direito, se contenta em declarar, em certos casos, como juridicamente ilícitas as infrações graves das exigências mínimas da moral”.

Assim, a *Boa-fé* no presente estudo tem por delimitação a *Boa-fé objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor*.

se e abandonaram a terra para voltarem ao Olimpo, com os deuses. Só deixaram entre os homens sofrimentos e discórdias sem fim “.

²⁴ ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Tradução da 39. ed. alemã, com estudos de comparação e adaptação a legislação e jurisprudência espanholas de Blas Pérez Gonzales; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. v.1. Tomo 1. Parte general. p. 117.

V Processo mental – conceito, definição, juízo e raciocínio

- a) Conceito e definição
- b) Juízo
- c) Raciocínio.

Antes de prosseguir no desenvolvimento do presente trabalho, é preciso estabelecer o entendimento que temos de *conceito* e *definição*.

Processo mental

Conforme o método de Tomás de Aquino, o processo mental se processa, conciliando: o *conceito* ou termo, entendido como a palavra, por exemplo, homem, da qual se faz um juízo ou proposição: o homem é sábio, e do qual se extrai um raciocínio ou silogismo. Exemplo: todo homem é sábio; ora, Pedro é Homem, logo Pedro é sábio.

a) Conceito e definição

Conceito

Conceito é a “imagem ou o sinal intelectual da coisa²⁵”, por exemplo, *conceito* de árvore, de homem. Termo é a imagem ou sinal do conceito. Assim a palavra escrita ou falada árvore é a expressão do *conceito*²⁶ árvore, que, por sua vez, representa a realidade.

²⁵Cf. Affonso Paulo Guimarães, em suas apostilas de Lógica na Faculdade de Filosofia – UFSC - e PUC de Curitiba.

²⁶Cf. Affonso Paulo Guimarães, em suas apostilas de Lógica na Faculdade de Filosofia – UFSC - e PUC de Curitiba.

Definição

Definição²⁷ “é a frase que, brevemente, explica a completa noção de uma coisa”.

A *definição*, conforme Carlos Boyer²⁸, “[...] pode ser de duas espécies: nominal ou real”.

A *definição nominal* não é propriamente uma *definição*, mas uma interpretação do nome. Não diz o que seja a coisa, apenas reata o nome, assim, por exemplo: cloreto de sódio é sal, ou filosofia é o amor da sabedoria. Explica o nome.

A *definição real* exprime o que a coisa é. Pode ser essencial, causal e descritiva.

A *definição essencial* é aquela que apresenta os *princípios constitutivos* da coisa a ser definida. “Essa *definição, essencial*, pode ser, física e metafísica, conforme os *princípios físicos* ou *metafísicos* que anuncia, como, por exemplo de *princípio físico*, temos: o homem é o ser que consta de corpo e alma racional; exemplo de *definição metafísica* essencial: o homem é um animal racional”.

“A *definição causal* é aquela que apresenta a coisa indicando sua causa eficiente ou final ou exemplar; exemplo: a alma humana é uma forma criada por Deus, ou a alma humana foi criada para gozar da felicidade divina ou a alma humana é a imagem de Deus”.

E, finalmente, a *definição real descritiva* é aquela que designa a essência da coisa através de notas não-essenciais. Desta temos duas modalidades: a primeira indica os acidentes próprios, por exemplo: o homem é um animal risível; e a segunda indica acidentes comuns; por exemplo: o homem é um animal bípede implume que tem cabeça ereta.

²⁷ Cf. Affonso Paulo Guimarães, em suas apostilas de Lógica na Faculdade de Filosofia –UFSC e PUC de Curitiba.

²⁸Cf. BOYER, Carlos. *Cursus Philosophiae*. Ad usum seminariorum. Contrinens Intoductionem Generalem, Logicam, Intoductionem Metaphysicam, Cosmologiam, Psysichologiam Vitae vegetativae. Typis desclée de Brower et Soc, 1937. p. 91- 92. Prof. da Pontificia Universitate Gregoriana.

b) Juízo

Juízo é a afirmação ou negação de uma coisa. Exemplo: a árvore é grande, ou a árvore não é grande.

c) Raciocínio

Raciocínio²⁹ “[...] é o processo de pensar, pelo qual comparando dois conceitos (S e P) com um terceiro (Termo médio), encontra-se uma nova relação entre os primeiros conceitos. Funda-se no *princípio da identidade*. Exemplo: todo homem é mortal. Ora, Pedro é homem. Logo, Pedro é mortal”.

²⁹ Cf. Affonso Paulo Guimarães, em suas apostilas de Lógica na Faculdade de Filosofia – UFSC e PUC de

CAPÍTULO I – O ESTADO DA QUESTÃO – A BOA-FÉ OBJETIVA: CONCEITO E DEFINIÇÃO

1. Conceito Etimológico de *Boa-fé*

Boa:

Boa³⁰, “do latim “bonus”, “bona” e “bonum”, igual a bom, boa e bom (neutro). Bom é aquilo que satisfaz a vontade humana”.

Fé:

A palavra fé procede do latim³¹ – “Fido”, “fiscus sum”, “fidere”, igual confiar, fiar-se, Ter confiança. Desse verbo procede a palavra “fides”, “fidei”, igual a fé, lealdade, sinceridade, fidelidade.

2 Conceito de *Boa-fé*

a) Conceito de bom

Bom é aquilo que em si, de algum modo, é perfeito, e, por essa razão, é apetecível (desejado). Os elementos do bom são dois: “a perfeição da coisa, chamada bondade fundamental; e a conveniência e a apetibilidade que é a

Curitiba.

³⁰ Cf. Affonso Paulo Guimarães, em suas apostilas de Lógica na Faculdade de Filosofia – UFSC e PUC de Curitiba.

³¹ Cf. Affonso Paulo Guimarães, em suas apostilas de Lógica na Faculdade de Filosofia – UFSC e PUC de Curitiba.

bondade formal. A bondade fundamental é a perfeição que a própria coisa apresenta e a bondade formal é a conveniência e a apetibilidade que a coisa me apresenta³².

b) Conceito de Fé

Como se viu anteriormente, a expressão *Boa-fé*, é composta por duas palavras, *boa* e *fé*. *Boa*, do latim³³ “bona” e mais próximo do que aqui se pretende significa, qualidades boas, felicidade. *Fé*, igualmente, procede do latim, “fides”, “fidei”.

F. R. dos Santos Saraiva³⁴ especifica duas categorias de fé.

A primeira categoria expressando os diversos significados da palavra *fé* e *Boa-fé*, assim: a 1. *fé*, no sentido geral:

com fidelidade, lealdade, *fé*, *Boa-fé*, lealdade, sinceridade, veracidade, consciência, retidão, honra, dever, justiça, honestidade, integridade, probidade, fidelidade, dedicação fiel, fidelidade (do devedor), discrição, ação de guardar fielmente, guarda, conservação; 2. *fé*, no sentido de palavra dada: promessa, juramento, caução, fiança, garantia; 3. *fé* – de proteção, patrocínio, tutela, ajuda, arrimo, guarida, assistência, socorro; 4. *fé* de confiança, crédito; 5. *fé* - de crença, certeza, confiança, segurança; 6. *Fé* de garantia (dum fato), autoridade, autenticidade, prova, demonstração, testemunho, certeza, evidencia, cumprimento, execução, efeito, realidade, verdade, caso, fato, coisa; 7. *fé* - de *boa e fé*, daí *Boa-fé* (“Bona Fide”) inteiramente, completamente, de todo; e 8. *Fé* - no sentido de divindade, a *fé*, a Religião.

³²RÜPPEL, Ernesto. *Ontologia*. São Leopoldo, RS: Colégio Máximo Cristo Rei. 1949. p. 83. Edição Manuscrita.

³³SARAIVA, F. R. dos Santos. *Dicionário Latino-Português*. Rio de Janeiro: Garnier, 1993. p. 485.

c) Conceito de *Boa-fé*

F. R. dos Santos Saraiva³⁵ apresenta de *Boa-fé* e *Fé* os mais diversos significados. Ele o faz dividindo *Fé* em duas categorias. Na primeira categoria expressa os diversos significados da palavra *fé* e *Boa-fé*, assim: a 1. *fé*, no sentido geral: “com fidelidade, lealdade, *fé*, *Boa-fé*, sinceridade, veracidade, consciência, retidão, honra, dever, justiça, honestidade, integridade, probidade, fidelidade, dedicação fiel, fidelidade (do devedor), discricção, ação de guardar fielmente, guarda, conservação”; A segunda grande categoria, expressando os múltiplos significados de *fé* e *Boa-fé*, associando-as a fatos ou celebridades, ou pessoas, ou aforismos, e ditos, das mais diversas procedências: 1. “Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - *Boa-fé*, má *fé*; 2. Titus Livius (historiador) - Cum fide, Bona fide. 3. Marcus Tullius Cícero - de *Boa-fé*, sinceramente, sem refolho, sem dolo, sem fraude, com justiça, conscientemente, em boa consciência; 4. Plautus (poeta comico) - Bonane fide etc.”, como se vera adiante.

Boa-fé é a “bona fides” latina³⁶. Fides, em linguagem, seria: honestidade, confiança., lealdade, sinceridade, fidelidade. A expressão *Boa-fé*, como se viu aqui, é composta por duas palavras, *boa* e *fé*.

Aurélio Buarque de Holanda³⁷ conceitua *Boa-fé* de três modos. No sentido de “certeza de agir com o amparo da lei, ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa; e como sinceridade, lisura”.

No Direito Canônico³⁸, a *Boa-fé* é assim conceituada: “bona fides – Convicção de não fazer um acto contra a lei (mesmo fundada na ignorância da própria lei)”.

³⁴ SARAIVA, F. R. dos Santos. Obra acima citada, p. 485.

³⁵ Obra citada, p. 485.

³⁶ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Idéia de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Revista Forense Universitária, out. 1937. p. 29.

³⁷ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Aurélio: O dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999. p. 309.

³⁸ BRASIL. *Código de Direito Canônico*. Promulgado por S.S. O Papa João Paulo II. 2. ed. Lisboa: Conferência

Para F. R. dos Santos Saraiva, obra já mencionada, a segunda grande categoria, expressando os múltiplos significados de fé e *Boa-fé*, associando-as a fatos ou celebridades, ou pessoas, ou aforismos, e ditos, das mais diversas procedências, assim: 1. "Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - *Boa-fé*, má fé; 2. Titus Livius (historiador) - Cum fide, Bona fide. 3. Marcus Tullius Cícero - de *Boa-fé*, sinceramente, sem refofo, sem dolo, sem fraude, com justiça, conscientemente, em boa consciência; 4. Plautus (poeta cômico) - Bonane fide. De veras, isso é sério, bonae fidei emptorem esse; 5. Ulpianus (jurisconsulto) - ter comprado na *Boa-fé*; 6. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - Optima fide; 7. Martialis (epigrammista) Summa fide - com toda a *Boa-fé*, na maior *Boa-fé*; 8. Codex - Fidei tue comitto - entrego à tua *Boa-fé* (formula de fidei commissio); 9. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - Hinc fides, illinc fraudatio, De um lado a rectidão, d'outro lado a fraude; 10. Terentius (poeta antigo) - Homo antiqua fide, homem de antiga tempera; 11. C. Suetonius Tranquillus (historiador) - Uti ei e rep. Fideque sua videretur, o que lhe parece conforme ao bem da república, e ao seu dever; 12. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - Fides et religio iudicis, a consciência e a religião do juiz; 13. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - Fidei sua satisfacere, cumprir o seu dever; 14. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - Pro sua fide et caritate, segundo a sua justiça e bondade; 16. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - Vestram iustitiam, fidem is maxime probavit, Este fez os maiores elogios a vossa justiça, a vossa integridade; 17. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - Cum fide vivere, viver virtualmente, como pessoa de bem; 18. Valerius Probus (gramático) - Hocne marita fides, que fidelidade conjugal; 19. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) - ut meam erga te fidem experirere, para que experimentasses a minha dedicação para contigo; 20. C. Suetonius Tranquillus (historiador) - Retinere in fide, conservar no dever; 21. Quintus Horatius Flaccus (poeta lírico, satírico, didático) - Segetis certa fides meae, a minha colheita fiel; 22. Plinius Junior (epistolographo e panegirista) - Fallax anni fides, colheita enganosa; 23. Quintus Horatius Flaccus (poeta lírico, satírico e didático) - os segredos confiados à nossa descrição, contados em confiança; 24.

Quintus Horatius Flaccus (poeta lírico, satírico e didático) – arani fides prodiga, a indiscrição; 25. Tertullianus (controversista) – era devida aos mistérios uma inteira indiscrição; 26. Plinius (naturalista) – in unguentorum fide, para conservação dos perfumes; 27. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – fidem dare; 28. Plinius (naturalista) – obstringere; 29. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – obligare suam, dar, empenhar a sua palavra; 30. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) e P. Virgilius Maro (poeta bucólico, didático e épico) – servare; 31. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – In fide manere, conservar a sua palavra, ser fiel à sua promessa; 32. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – fidem fallere, violare; 33. Cornelius Nepos (biógrafo) – amittere; 34. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – in fide non stare, faltar a sua palavra, violar o seu juramento; 35. Titus Livius (historiador) fidem exsolvere; 36. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – liberare, proestare – cumprir, desempenhar a sua palavra, cumprir as suas promessas, estar pelo dito, prometido; 37. Plinius Júnior (epistógrafo e panegrista) – Fide mea spondeo, prometo sob a palavra d'honra; 38. Cornelius Nepos (biógrafo) – fide confirmaret se fore [...] promettesse com juramento que havia de ser [...]; 39. P. Virgilius Maro (poeta, bucólico, didático e épico) – accipe daque fidem, recebe a minha palavra e dá-me a tua; 40. Claudianus (poeta heróico e epigramista) – scit nivibus servare fidem, esse (o Etna) sobre guardar fielmente as neves; 41. P. Virgilius Maro (poeta, bucólico, didático e épico) – haec mihi magna fides, é este o meu grande juramento; 42. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – fidem dare de aliquo, ser fiador ou garante de alguém; 43. Titus Livius (historiador) – tradere aliquem in fidem et tutelam alicujus, entregar alguém à proteção e tutela d'uma pessoa; 44. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – In vestram accipiat fidem, recebel-o-heis sob a vossa proteção; 45. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – Fidem alicujus implorare; 46. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – fidem habere alicui, ter confiança em alguém; 47. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – murus facit fidem, um muro dá confiança; 48. P. Virgilius Maro (poeta, bucólico, didático e épico) – ubi prima fides pelago, logo que poderam entregar-se ao mar; 49. Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – fefellerunt per fidem, abusaram da confiança (depositada

neles); 50. Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo) – fides concidit, ficou perdido o crédito; 51. Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo) – eos defecit, faltou-lhes o crédito, não se lhes deu crédito; 52. Julius Caesar (historiador) - quum fides esset angustior, como o crédito era menor; 53. Plautus (poeta cômico) – groeca fide mercari, comprar a crédito grego (isto é, a dinheiro, à vista); 54. Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo), Julius Caesar (historiador) – fidem facere, fazer crer, convencer, persuadir; 55. P. Ovidius Nazo (poeta) – habere, ter quem lhe dê crédito; Titus Livius (historiador) – prodigiis fides habita, deu-se crédito aos prodígios; Tacitus (historiador) – audiebatur cum fide, dava-se crédito às suas palavras; 56. P. Ovidios Nazo (poeta) e Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo) – fidem rei dare, tribuere, adjungere, dar crédito a uma coisa; 57. Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo) – orationis imminuere – diminuir a autoridade de um discurso, fazê-lo menos persuasivo; 58. Sêneca (filósofo) – extra fidem; Plinius (naturalista) - supra fidem ; 59. C. Suetonius Tranquillus(historiador) – além de toda a crença, além do que é crível, C. Suetonius Tranquillus (historiador) – vix fides erat [...], apenas se podia crer; 60. Prosper (controversista e poeta cristão) fides invicta, fé inabalável; 61. Hieronymus (padre da igreja, tradutor latino da escritura e filólogo) – habens fidem, tendo fé; 62. Sêneca (filósofo) - penes auctores fides erit, a resposnabilidade ficará com os que contam (um fato); 63. Aulus Gellius (gramático) – liber spectatoe fidei, manuscrito de grave autoridade; 64. P. Virgilius Maro (poeta, bucólico, didático, e épico) - Ferre fidem operi, dar autoridade a uma narração; 65. Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo) – literae fidem habent, a instrução tem autortidade; 66. Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo) – omnem tabularum fidem resignare, tirar aos registros toda a autoridade; 67. Propertius (poeta elegíaco) - Sum deus; en nostri sanguinis ista fides, eu sou deus, eis aqui a prova de minha origem; 68. Justino (historiador latino) – ea primum fides inopioe scythicoe fuit, foi a primeira prova da pobreza das Scyticae fuit. 69. Marcus Tullios Cícero (orador e filósofo) – Orationis fides, a prova de um discurso, a confirmação; 70. P. Virgilius Maro (poeta bucólico, didático e épico) e Lucanus (poeta épico) – manifesta fides, a evidência; 71. Titus Livius (historiador) – manifesta fides, Volscos adjutus, foi demonstrado que os Volscos eram

ajudados [...]; 72. Plinius Junior (epistológrafo e panijerista) - gaudii fides, alegria sincera, verdadeira; 73. P. Ovidius Naso (poeta) – vota fides, sequitur - a execução acompanha os votos; 74. Phaedrus (fabulista) – exhibe vocis fidem, cumpre o que prometeste; 75. P. Ovidius Naso (poeta) – Crede, brevique fides aderit, tem confiança, e em breve se realizará tua esperança; 76. Arnobius (escritor cristão) – adfuisse dicto fidem, Ter-se verificado esta predição; 77. Phaedrus (fabulista) – vulgare amici nomem, sed rara est fides, é vulgar o nome de amigo, rara porém a realidade; 78. Papinius Statius (poeta épico) – mira ou Miranda fides!, coisa admirável! Coisa estupenda! O prodígio ! o maravilha!; 79. Quintilianus (retórico) – bona fide in multa simul intendere animum, aplicar-se atentamente a muitas coisas ao mesmo tempo; 80. Florus (historiador) – quum populus rom. Bona fide adolevisset, como o povo Romano tivesse chegado ao completo desenvolvimento da adolescência; 81. Ennius (poeta épico trágico e satírico), Marcus Tullius Cícero (orador e filósofo) – Qui jus igitur jurandum violat, is fidem violat, quam in Capitolio [...] majores nostri esse voluerunt, o que viola o juramento, viola a Fé a qual nossos antepassados quiseram que estivesse no Capitólio; 82. Prudentius (poeta cristão) – “tūm generosa Fides hoc subdidit”, então a generosa Fé acrescentou estas coisas, proferiu estas palavras”.

3 Conceito Geral de *Boa-fé*

Para J. M. Carvalho Santos³⁹, o conceito de *Boa-fé* pode ser encarado no Direito “sob duas feições diferentes: como fato e como *princípio*”. Como fato, “é um conceito ético - social, de que o direito se apropria”. Justifica, que a *Boa-fé* entra, com o elemento de fato, nas mais variadas relações jurídicas. Resulta daí seu lado empírico, sociológico. Esse conteúdo essencial consiste, em seu mais amplo sentido, na honestidade, na lealdade, na probidade. Daí que “pode ser considerado com maior ou menor rigor, variando com o meio social e com o tempo”.

³⁹In: SANTOS, J. M. Carvalho Santos. *Repertório Enciclopédico do Direito brasileiro*. Coadjuvado por José de

4 Conceito Aberto de *Boa-fé*

Por ser a *Boa-fé* a expressão de um conceito análogo, a lei atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os fatos previstos pela lei são gerais e móveis. Daí o conceito aberto⁴⁰ de *Boa-fé*.

5 Conceito Positivo e Negativo de *Boa-fé*

A *Boa-fé* pode também ser entendida como falta de consciência⁴¹ de que determinada ação ou omissão causará dano. Nesse caso, a *Boa-fé* será: ausência de prejudicar, ausência de má fé. Para outros, não basta agir sem malícia. É preciso haver a convicção de que procedeu com lealdade, convicto da existência do próprio direito. Nesse caso, quem age com incerteza do direito, e mesmo assim age, obra de má fé, porque exclui o elemento convicção.

Ao tratar da *Boa-fé*, Ludwig Enneccerus⁴², levanta basicamente três pontos: *Boa-fé interpretação*, *Boa-fé proteção* em face do abuso, e *Boa-fé dever de conduta*. Dos citados três pontos, chama a atenção, o tópico abuso, por ser mais abrangente: “Em determinadas circunstâncias, da *Boa-fé* pode resultar também que o dever de prestação seja mais amplo que o conteúdo fixado no contrato ou na lei”. Assim, “o que promete uma prestação positiva, por exemplo, a entrega de um cavalo para o primeiro dia do mês mais próximo, não deve unicamente” :

- a) “executar apenas a atividade em favor do credor, ou seja a entrega, deve mais”;
- b) “tem que omitir tudo aquilo que possa frustrar ou pôr em perigo o fim da obrigação, como, por exemplo, fazer trabalhar excessivamente o cavalo”;

Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 6. p. 66.

⁴⁰Cf. FRADERA, Vera Maria Jacob (Org.). *O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 39.

⁴¹Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Idéia de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Revista Forense Universitária, out. 1937. p. 25. Caio Mário sustenta sua posição com apoio em Dernberg: “Pandectte, diritti reali, p. 77 - “Questa opinione è stata principalmente sostenuta dallo Stintzing, “L’essenza della fides”; Windscheid, “Diritto delle Pandette” p. 638; Van Wetter, “Pandectas”, 1, 753; Cf. D. 50, 16 de VS., L. 109; Gorpe, Maynz e VanWetter.

⁴²DERECHO de Obligaciones. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Revisão de Heinrich Lehmann. Tradução da 35. ed. alemã com estudos de comparação e adaptação para a legislação e jurisprudência espanhola por Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. Tomo II. p.

c) “no caso, também tem que adotar as medidas positivas necessárias a conservar a possibilidade da prestação, por exemplo, alimentar o cavalo e passear com ele”.

“Coisa parecida ocorre quando se trata de uma obrigação negativa”.

“O que atribui a seu vizinho um direito pessoal de passagem, prometendo-lhe tolerar que utilize o caminho para acessar a via pública está também obrigado, de conformidade com a *Boa-fé*, a adotar aquelas medidas de caráter positivo que possibilitam o exercício do direito de passagem, por exemplo, deixar livre a porteira”.

“Segundo a *Boa-fé*, podem resultar a cargo do devedor certos deveres secundários especiais de notificar ou comunicar ao credor um fato de interesse para ele mesmo ou para conservação de seus bens jurídicos e de cujo incumprimento - aparte as pretensões de indenização - pode resultar as vezes também a caducidade do direito”.

6 A *Boa-fé* Fato Psicológico

Muito se tem discutido acerca da essência da *Boa-fé*. Será fato puramente intelectual, ou psicológico, que por vezes, pode se confundir com erro. Ou se trata de comportamento ético? Sílvio de Macedo⁴³ traz a contribuição: duas posições opostas: “[...] a primeira, defendida por Bruns, do conceito ético de *Boa-fé*, deduz a sua natureza absolutamente positiva”. Este contrapõe à natureza psicológica da

18.

⁴³ FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 499 e seguintes. Texto escrito por Sílvio de Macedo. Sílvio de Macedo, traz ainda a respeito, o determinante do conceito de *Boa-fé* para: “Ráu, é o estado ético (Ato jurídico, n. 82); Messineo refere-o como sendo o estado psicológico (Manuale. v. 2, parágrafo 59); Bonfante diz que “[...] é o momento proporcionado pela ética social e não alterado pelo Direito, que o adota: é a *Boa-fé* normal, humana, medida pela prática cotidiana da vida, e remetida em cada caso à apreciação do juiz, participe e intérprete desse momento (Essenza della “boana fides” In: Scritti. p. 708); Windscheid diz que a *Boa-fé* é retitude; desonesto é aquele que não dá ouvido à voz da consciência, sufocando suas dúvidas às quais sua consciência lhe diz deveria dar atenção (Pandette. n. 176) ; Covielle ampliou esta noção: para que haja *Boa-fé*, não basta que seja convicção de se fazer coisa legal na sua exterioridade, mas reclama-se precipuamente que se saiba estar fazendo coisa pienamente legítima ed onesta; a *Boa-fé* se funda num elemento mais moral que legal (matrimonio putativo. Giu it 1892, v.1. p. 818); Degne diz que tal opinião deve ser rejeitada: o conceito ético da *Boa-fé* deve ser apreciado distinto do conceito jurídico; quando a honestidade de consciência, a retitude de propósito entra no campo da moral, escapa da esfera do direito; para este, basta que se demonstre a ignorância de uma situação de fato, de uma disposição da lei, para que haja *Boa-fé* (Matrimônio. II, n. 44)”.

Boa-fé, dizendo que o legislador pode configurá-la como uma opinião, uma crença; ou, ao invés, como um modo de comportar-se, para indicar, com ela, a honestidade, a retitude, o proceder da pessoa de bem.

Conclui, argumentado que no primeiro caso, a *Boa-fé* se basta com o simples fato psicológico, sem que se deva ter em conta o erro ou a escusabilidade; no segundo, por força do *princípio ético* jurídico, impõe-se a reflexão sobre todas as circunstâncias, devendo, assim, ser escusável aquela crença. Desse modo, Sílvio de Macedo conclui que para Bruns, o direito romano inspirou-se no *princípio ético* e teria portanto concebido a *Boa-fé*; pondo-lhe como limite o erro escusável, acrescentando, que a expressão *bona fides*, no período clássico, foi sempre usada no sentido ético para, só com o cristianismo, adquirir o significado específico de crença.

No sentido oposto, Silvio de Macedo, ensina:

[...] diversos seriam os significados da *Boa-fé* em cada um dos institutos, não sendo necessária, por outro lado, uma convicção absoluta do próprio direito, bastando que a dúvida exclua a crença no ilícito. Assim, dizendo, traz a opinião de Wächter, ao sustentar que, tendo alguns textos designado a *Boa-fé* com as expressões 'ignorare', 'putare', 'aestimare', 'nescire', a corresponder a má fé como 'scientia', é de acreditar-se que aquela não fosse, para os romanos senão uma ignorância do sujeito, decorrendo daí não ser necessária a escusabilidade do erro.

Silvio de Macedo conclui trazendo a opinião de Moreira Guimarães (Da *Boa-fé*. n. 9), para quem a *Boa-fé ética* e a *Boa-fé psicológica* são dois estados ou graus do mesmo conceito. Um mais rigoroso que o outro. No mesmo sentido a opinião de Vicente Ráo⁴⁴, que com Bonfante, nenhum contraste enxergam entre o conceito ético e o conceito psicológico de *Boa-fé*.

⁴⁴Cf. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4 ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 194.

7 Definição de Boa-fé

Definição⁴⁵ “é a frase que, brevemente, explica a completa noção de uma coisa” ou é o sinal oral artificial do objeto ou da coisa à que nos referimos.

Existem muitas definições de *Boa-fé*. O termo *Boa-fé* não é unívoco. Varia de acordo com a matéria a que se aplica, seja em questões de posse, família ou nas obrigações. Daí ser analógico o conceito de *Boa-fé*⁴⁶. Atualmente, com o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o conceito saiu da esfera do fatos sociais para entrar na esfera das relações de consumo, por estar a *Boa-fé* objetivamente considerada em dois momentos.

O primeiro, como *princípio*, no artigo 4º, inciso III; e o segundo momento, como *cláusula abusiva*, no artigo 51, inciso IV. Anteriormente, no Código Civil, a *Boa-fé* era considerada, mas de forma limitada pela autonomia da vontade.

Podemos, com Montei (In: Il possesso de Buona Fede. p.111), lembrado por Manuel J. G. Salvador⁴⁷, definir *Boa-fé*: “buona fede indica il comportamento dell'uomo dabbee, [...] in genere chi non lede scientemente e volontariamente altrui”. Noutra definição a *Boa-fé* tem o sentido de, pela publicação, evitar que terceiros aleguem ignorância do contrato. Serve, também, para proteger o comprador de que está realmente adquirindo a coisa de quem é o dono ou tem o domínio.

Cícero, procura fundamentá-la na constância e na vontade: “fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas” (De Officiis. 1, 7, 23)⁴⁸. É esta fides que fundamenta a justiça.

⁴⁵ Cf. o Professor Affonso Paulo Guimarães em suas apostilas de filosofia na Faculdade de Direito da UFSC e da PUC de Curitiba.

⁴⁶ Cf. FRANÇA, R. Limogi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 499. Texto escrito por Yussef Said Cahali.

⁴⁷ Cf. SALVADOR, Manuel J. G. *Terceiros e os Efeitos dos Actos Contratos: A Boa-fé nos Contratos*. Lisboa: Tipografia da Esc. Da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1962. p. 407.

⁴⁸ Ver. FRANÇA, R. Limogi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 495. Texto escrito por

CONCEITOS JURÍDICOS DE BOA-FÉ

1. A Boa-fé Ampla e Estrita

A *Boa-fé* pode ser entendida como a conduta de não prejudicar a outrem.

Trata-se de noção ético-social, que está ligada intimamente a seu objeto, a ordem jurídica. Esta consciência de não prejudicar pode dizer respeito a pessoa natural ou a pessoa jurídica.

Nesse sentido o Prof. Affonso Paulo Guimarães, conceitua *Boa-fé* como a atitude psicológica de fazer justiça, isso é, de dar a cada um o que é seu.

Explica o referido conceito, assinalando que o *princípio da Boa-fé* é um juízo universal, o ponto de partida e o fundamento de um processo, segundo o qual a pessoa julga (atitude psicológica) fazer o justo, dando a cada um o que é seu.

Assim, a *Boa-fé* ⁴⁹, "no sentido amplo se configura como sendo lealdade ou honestidade, conceituada de não prejudicar, da boa intenção a outrem ou de não fraudar a lei".

Já a *Boa-fé* "estrita, requer a consciência de não prejudicar baseada em erro ou ignorância de vícios ou defeitos que impeçam a validade do ato". "No caso, o elemento psicológico é apenas um elemento". "A *Boa-fé* não é um conceito unívoco". "Por isso, a *Boa-fé* é um composto que admite estado de consciência (falsa representação ou boa intenção) e do ato ou atos da pessoa, ligados, quer à falsa representação ou boa intenção e do ato ou atos da pessoa (acepção estrita), quer à honestidade de intenção (acepção ampla)".

A *Boa-fé*, no caso, surge pela ação, pela prática. Nesse sentido, pertence ao campo da ética e do Direito.

Sílvio de Macedo.

⁴⁹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Coadjuvado por José de Aguiar Dias Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 6. p. 67: "Questiona-se, relativamente a *Boa-fé* sentido estrito, se é admissível o erro de direito como elemento psicológico dessa *Boa-fé*. Admitem o erro: MIRANDA, Pontes de. *Tratado dos Testamentos*, v. 1, n. 68; WHITAKE, Firmino. *Revista dos Tribunais*, v. 1, n. 122; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 2, p. 65. Não admitem: BEVILLAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, v. 1, comentário ao artigo 5.

2. A *Boa-fé* Dogmática Jurídica

A *Boa-fé* na dogmática jurídica é estudada por António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro⁵⁰, em três modos distintos:

- a) “a atuação da *Boa-fé* que inclui culpa na formação dos contratos;
- b) a execução das obrigações e outras figuras, o exercício admissível de posições jurídicas, ainda conhecido como por abuso de direito; e
- c) a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias”.

3. A *Boa-fé* Fato e *Princípio*

A *Boa-fé* como fato é conceito ético-social⁵¹. Em face disso, “pode ser considerada sob dois modos: amplo e restrito.

No amplo, é a conduta leal ou honesta.

No restrito, a errônea convicção diretora da conduta jurídica do indivíduo. Apresenta-se também de dois modos, ora como lealdade, ora como crença”.

Assim considerada, a *Boa-fé* pode ser vista, como Emilio Betti⁵² a viu no caso narrado por Heródoto, na conduta das tribos selvagens. Ou seja, a prática

⁵⁰Cf. ROCHA, António Manoel da; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina. 1997. p. 49 (Coleção Teses).

⁵¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Coadjuvado por José de Aguiar Dias Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 6. p. 67.

⁵² BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Editora Coimbra, 1969. p. 88. Aqui, o destaque é para o relato de Heródoto (IV196), acerca do comércio de ouro, que os navegadores cartagineses praticavam com as populações selvagens das costas africanas do atlântico. À narração de Heródoto corresponde, de modo surpreendente, o que narra um navegador veneziano do século XV, Alvise de Cá da Mosto, acerca do comércio de sal que a tribo Tegazza mantinha com outras tribos de negros. “Todos aqueles de quem é o sal - fazem com eles montes enfileirados, marcando cada um o seu, e em seguida toda a caravana volta meio dia atrás; vem depois, uma outra geração de negros que não querem ser vistos, bem falar com os outros e, ao verem o sal, colocam uma quantidade de ouro junto de cada monte de sal, e voltam para traz, deixando o ouro e o sal; e logo que eles partem, vêm os negros do sal: vêm ver se a quantidade de ouro deixada pelos outros é, em sua opinião, suficiente para comprar a quantidade de sal correspondente. E se acharem suficiente, levam-na, deixando o sal: se não estão de acordo, deixam o ouro e o sal, e retiram-se de novo, esperando que os outros voltem e acrescentem a quantidade de ouro que ainda falta.

repetida, o respeito à palavra, a conduta social, eleva o fato a condição de negócio jurídico positivado.

O fato é que, sem a presença do Estado politicamente organizado, vale dizer, sem regras escritas, as “negociações que antecedem a conclusão de um contrato são conduzidas com escrupulosa correção, e que, obtido o acordo, ambas as partes mostram, ao concluir o contrato, plena consciência do seu valor especulativo”. Considera, ainda, que a *Boa-fé*, “continua a ser o sumo critério de valoração das obrigações contratuais recíprocas, mesmo depois de ter sobrevivido a sanção do direito”.

Outro exemplo, que pode justificar a relação entre uma conduta social, ou fato, e a *Boa-fé*, é relatado por Moacir Amâncio⁵³ e que diz respeito a prática imemorial social entre os judeus, de pedir sinais antes de devolver o objeto encontrado. Trata-se, na verdade, também de um *cuidado* por parte das pessoas.

J. M. Carvalho Santos⁵⁴ distingue o fato do *princípio da Boa-fé*.

Assinala que o “fato da *Boa-fé* liga-se à convicção do indivíduo em relação a determinada conduta”, enquanto “o *princípio da Boa-fé* não pertence ao mundo dos fatos”. } Considera, ainda⁵⁵, “que a *Boa-fé* como fato admite dois sentidos fundamentais: a *Boa-fé crença* e a *Boa-fé lealdade*”.

Neste caso, J. M. Carvalho Santos entende que a *Boa-fé* é um conceito ético-social, isto é, refere-se à moralidade, a conduta social dos indivíduos. Daí entender-se a *Boa-fé* como conceito ético social de que o direito lança mão sem alterá-lo em sua essência; ou ainda, que não existe um conceito puramente jurídico de *Boa-fé*.

Depois que é obtido o acordo, levam o ouro e os outros vem buscar o sal. A isto o autor designa por regra de conduta.

⁵³O TALMUD. Tradução, estudos e notas de Moacir Amâncio. São Paulo: Luminuras, 1992. p. 11. (Coleção Memorah). Relata assim: “Achou-se um relógio. Telefone para o número 410533 e apresente sinais”. O anúncio escrito em meia folha de caderno escolar estava afixado na parte interna do abrigo de um ponto de ônibus em Kiriath Menakhem, ao lado do jardim, ruas Savion e Rakefet, perto do quiosque do jornaleiro. Esse bairro de Jerusalém é habitado por muitos judeus de origem norte africana, gente fiel as tradições.

⁵⁴Cf. SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 6. p. 81.

⁵⁵Cf. SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, 1947. p. 93.

Andreas von Thur⁵⁶ assinala que os efeitos da *Boa-fé* se produzem ex lege; o agente não pode produzi-la nem evitá-la.

A *Boa-fé* como *princípio* se apresenta de três modos⁵⁷:

“a) *Boa-fé* como supridora ou saneadora de vícios. Se apresenta como equidade;
b) *Boa-fé* como moralidade. Se apresenta como dever de agir com lealdade na celebração dos negócios jurídicos e de cumprir lealmente o combinado;
e *Boa-fé* como interpretação. Esta para aplicar a norma ou descobrir a vontade das partes”.

James Marins⁵⁸ conceitua a *Boa-fé* como *princípio*, por repudiar que “possam as relações de consumo estar sujeitas às influências malignas decorrentes da prática da concorrência desleal, abuso de poder econômico, ou violação ilícita das regras sobre propriedade industrial ou direito bancário”.

O *Princípio Geral da Boa-fé*, ou novo “mandamento” obrigatório a todas as relações contratuais a sociedade moderna, e não só as relações de consumo conforme a Professora Cláudia Lima Marques⁵⁹ que denomina o *Princípio Geral da Boa-fé* como “*Princípio da Boa-fé objetiva* para destacar a sua nova interpretação e função”. Diz que: “o *Princípio da Boa-fé objetiva* na formação e na execução das obrigações possui uma dupla função na nova teoria contratual, a primeira como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres conexos, e por último, como causa limitadora do exercício, antes, lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos”.

⁵⁶VON THUR, Andreas. *Derecho Civil: Teoria general Del Derecho Civil Aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1947. p. 158. v. 2. Hechos Jurídicos.

⁵⁷SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, 1947. p. 67.

⁵⁸MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto* (os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 41.

⁵⁹MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 79.

A citada Professora Cláudia⁶⁰ mostra, ainda, três *princípios* reflexos do *princípio da Boa-fé*:

o primeiro, genericamente, o do *princípio da Boa-fé orientador*, do qual destaca o da transparência (artigo 4 “caput” do Código de Defesa e Proteção do Consumidor). Assinala que o “tal conteúdo não deixa de ser um reflexo da *Boa-fé* exigida aos agentes contratuais”;

o segundo, o *princípio da Boa-fé comportamento*. Justifica com o argumento de que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor “preocupa-se tanto com os aspectos pré-contratuais, como os de formação e execução dos contratos de consumo”. Dá exemplo: “da *Boa-fé* pré-contratual, temos a publicidade e as práticas comerciais abusivas”. Ambos, argumenta, encontram-se no capítulo referente às práticas comerciais, que podem ou não dar origem a um contrato e logo não estão incluídas na proteção contratual *stricto sensu*;

e o terceiro, o *princípio da Boa-fé arrependimento*. Este, encontrado no artigo 49 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, para os “contratos fechados fora do estabelecimento comercial. Justifica, que o artigo 49 insere-se no capítulo do Código de Defesa e Proteção do Consumidor referente a proteção contratual *stricto sensu*, mas pode estar ligado estritamente ao processo de formação do contrato, através de manifestação da vontade do consumidor”.

Para Luis Díez Picazo⁶¹ o tema *Boa-fé* envolve duas coisas distintas:

“uma, a *Boa-fé*, e a outra, o *princípio geral da Boa-fé*. Assevera que este “é o ponto de partida para se extrair um conceito técnico-jurídico capaz de descobrir ou delimitar um suposto direito”, e exemplifica: “o matrimônio contraído de *Boa-fé* produz efeitos civis ainda que declarado nulo (artigo 69)”. Diz que “o *Princípio Geral da Boa-fé* não é um puro elemento de um suposto fato normativo, senão

⁶⁰MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 136.

⁶¹Prólogo feito por Luis Díez-Picazo. WIEACKER, Franz. *El Principio General de Buena Fé*. Tradução de José Luis

que engendra uma norma jurídica completa, que, ademais, se eleva a categoria ou a categoria de um *Princípio Geral de Direito*". Apresenta o seguinte exemplo: "todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem comportar-se de *Boa-fé* em suas relações de troca". Conclui que "devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia de tais relações (*diligentia in contrahendo*) e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas".

Orlando Gomes⁶², por sua vez, assinala que três *princípios* dominam a interpretação objetiva:

"o primeiro, o *princípio da Boa-fé*;

o segundo o *princípio da conservação do contrato*, e o terceiro e último, o *princípio da extrema ratio* (menor peso e equilíbrio das prestações)".

Na mencionada obra, o mestre ampara-se no artigo 157 do Código Civil Alemão para ver o *princípio da Boa-fé* "como interpretação, exigindo das partes, confiança e lealdade recíprocas em correlação com os usos do comércio".

Assinala, ainda, que⁶³ "agir de *Boa-fé* significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação [...] e que proceder de *Boa-fé* quer-se dizer que lhes cumpre observar o comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante" [...] "o devedor há de ajustar sua conduta ao tipo abstrato presumido pela lei à base dos '*princípios da correção individual*' que se refletem amplamente na consciência comum".

Segundo Antunes Varela⁶⁴, o cumprimento das obrigações exige "orientar-se por duas diretrizes fundamentais que são: "[...] o *princípio da Boa-fé* e a regra da pontualidade". Inclui-se, aí, a "correção, a lisura e a lealdade a que as partes se encontram reciprocamente vinculadas, seja qual for a fonte das obrigações".

Carro. Madrid: Civitas, 1977. p. 11.

⁶² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 475.

⁶³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. 4. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 108.

⁶⁴ VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979. v.2. p. 7.

Entende a regra da *Boa-fé* como “*Princípio Geral*”.

O *princípio da Boa-fé*, assinala Alvino Lima⁶⁵, é o “caminho pelo qual a moral penetra no direito”, (em nota de rodapé se ampara em François Gorphe, Le Principe de Bonne Foi. Paris: Dalloz, 1928).

Estabelece que o *princípio da Boa-fé*, influencia no “disciplinar e resolver conflitos de interesses é quase sempre decisivo, no sentido de proteger os que agem lealmente, com probidade, ou na ignorância excusável das situações antijurídicas; e em sentido contrário, a lei repele as pretensões dos que agem de má-fé”.

Dando destaque, à intenção presumida, que corresponda a *Boa-fé*, Darcy Bessone⁶⁶ afirma que o “*princípio da Boa-fé* domina o comércio jurídico como regra de recíproca lealdade, destinada a dar-lhe segurança”.

Entende Carlos Alberto Bittar⁶⁷, que “na base do conjunto de *princípios* e em razão do aspecto moral, encontra-se o *princípio da Boa-fé*”. Para ele estes *princípios* “devem nortear as ações do mundo econômico ocidental, compreendendo-se: a propriedade privada, a iniciativa privada, e a comutatividade no comércio jurídico”. Destaca “a lealdade, a confiança recíprocas que a vida de relações impõe. Em suma, o respeito mútuo: fidelidade à palavra, lealdade no tratamento e cumprimento adequado das obrigações”.

Destacando que qualquer sistema de direito deve comportar *Princípios Gerais de Direito*, João Mota Campos⁶⁸, avalia que os *Princípios Gerais de Direito* são, de algum modo, “expressão de uma exigência de justiça e de respeito a certos valores superiores do indivíduo e da sociedade civilizada em que esta se integra”.

⁶⁵ LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 10. Em nota de rodapé de n. 34 referindo-se a Francesco Benatti: Osservazione in tema de doveri di protezione, In: Revista Trimestrale di Diritto e procedura Civile, 1960, p. 1342 e seguintes, expõem que: “[...] a doutrina de Stol, pode ser resumida nos seguintes termos: “Com a instituição de uma relação contratual, as partes expõem a própria esfera jurídica ao perigo de que a atividade de uma pessoa possa ocasionar um dano a outrem ou ao seu patrimônio; intervém então o princípio da *Boa-fé* a regular o comportamento dos sujeitos, criando uma série de obrigações dirigidas à proteção dos interesses que poderão ser prejudicados por aquela atividade. Estes deveres são definidos, em razão do escopo a que tende, - deveres de proteção [...]”.

⁶⁶ BESSONE, Darcy. *Do Contrato Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 226. Nesse sentido completa: “Não é necessário apurar se cada um dos contratantes se encontrava de *Boa-fé* ao contratar. O intérprete deve entender as disposições contratuais como exige a *Boa-fé*” (com apoio em Messineo).

⁶⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 32.

Conclui que esta é uma das razões pelas quais “embora tais *princípios* não tenham sido explicitados no ordenamento jurídico comunitário, o TJCE⁶⁹ não exita em socorrer-se deles no exercício da sua função jurisdicional – quer para interpretar o direito comunitário quer para preencher as lacunas”. Cita, dentre outros, o seguinte exemplo: “O *princípio* da *Boa-fé* que se impõe ante o domínio administrativo como no domínio contratual “ac. De 15 de julho de 1960, proc. 43-45 e 45-59, Col. p. 933.

Na visão de Bonfante, conforme António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro⁷⁰, a “*Boa-fé* não é um conceito forjado pelo direito, antes um conceito natural, para o qual a lei remete”.

Clóvis do Couto e Silva⁷¹ assinala que o “*princípio* da *Boa-fé* endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou negativo em face do Direito postulado pela outra parte”. Assevera, ainda, que a “principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o ‘direito do caso’. O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a *Boa-fé* possuir um valor autônomo, não

⁶⁸CAMPOS, João Mota. **Direito Comunitário**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 160. v.2.

⁶⁹ indica o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia – TJCE.

⁷⁰ ROCHA, António Manoel Da; CORDEIRO, Menezes. **Da Boa-fé o Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 311. (Coleção Teses). Prossegue, argumentando ainda que: “Dai as três conclusões fundamentais: A *Boa-fé* seria um conceito ético, geral e igual em todas as relações; o seu pressuposto normal, na possessio bonae fidei, seria um fato psicológico - o erro - e raramente a ação ou o comportamento exterior do sujeito. Quanto ao grau, a *Boa-fé* deveria ser medida pelo sentir moral da sociedade que entende por *Boa-fé* a mera ausência de dolo ou de má fé e que remete, nos casos singulares, para a apreciação do juiz, participante e intérprete deste sentimento mutável e indefinido. A desculpabilidade do erro teria surgido mais tarde, não sendo, pois, um requisito romano clássico, em qualquer caso, a sua ligação à *Boa-fé* seria sempre algo de extrínseco. (In: BONFONTE, Essenza della bona fides, p. 719 - 719)”.

⁷¹De Clóvis do Couto e Silva, et al. no artigo: O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.55. A respeito da discussão sobre a teoria dos sistemas e *Boa-fé*, Clóvis se manifesta assim: “Parece-me que somente um ‘sistema aberto’, e até escalonado segundo círculo de interesses, públicos e privados, pode abranger todas as situações, admitindo-se que o ponto de inserção para o raciocínio jurídico possa ser a manifestação de vontade, ou a simples “função de contrato”[...] quando se tratar de ato existencial. Por isso mesmo não é tarefa fácil distinguir se o ato existencial é ato jurídico ou simples ato real, ato-fato, uma vez que o direito, nesses casos, não valoriza e nem questiona a existência da vontade. No Direito inglês, para logo, sustentaram os juristas, como depois ocorreu no Direito continental, ambas as soluções. Para uns, como Buckley, o ato existencial é *negócio jurídico*, razão pela qual a responsabilidade é ex contractu. Para outros, a responsabilidade resulta do fato mesmo do suprimimento, e não do consentimento”.

relacionado com a vontade”.

4. A Boa-fé Subjetiva e Objetiva

Ao tratar da *Boa-fé* e do dolo nas obrigações, R. J. Pothier⁷² conceitua dolo como: “toda espécie de artifício que um pode servir-se para enganar o outro; *Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad cirmveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam* (L. I, parágrafo I, D. de dol.)”. Considera uma ofensa a *Boa-fé* que deve reinar nos contratos. Vai mais além, para considerar duas situações: a primeira que ocorre

no foro interno, onde se deve considerar contrario a esta *Boa-fé*, tudo o que se separa, por pouco que seja, da sinceridade mais exata e mais escrupulosa: o simples ocultamento acerca do que concerne à coisa que tem sido objeto do negócio, e que a parte com quem eu contratei teria interesse em conhecer, é contrario a esta *Boa-fé*, posto que, se temos o mandamento de amar o nosso próximo como a nós mesmos, não podemos de maneira alguma ocultar-lhe nada que não quereríamos que se nos ocultasse, caso nos encontrássemos em seu lugar.

A segunda, que ocorre no foro externo. Nesta, “a parte que procura queixar-se dos pequenos prejuízos causados a sua *Boa-fé*, por aquele com quem contratou, não seria ouvida; pois, de outra maneira seriam em grande número os pactos que se encontrassem em rescisão, o que daria lugar a um grande número de ações e haveria uma séria perturbação às transações comerciais”.

O mesmo autor prossegue,concluindo que “só o que fere abertamente a *Boa-fé*, ante o foro externo e interno, é considerado como verdadeiro dolo, bastante para dar lugar a rescisão do contrato, de modo que todos os artifícios que uma parte haja empregado para comprometer a outra parte a contratar, podem ser, devem

⁷² POTHIER, R. J. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Editorial Aralaya. 1947. p. 28. Versão direta do *Traité des Obligations* de Robert Joseph Pothier, segundo a edição francesa de 1824, publicada sob a direção de M. Dupin, corrigida e revisada por M.C. de las Cuevas.

ser plenamente justificados". "*Dolum non nisi perspicuis indiciis probari convenit* (l. 6, cod. De dol. Mal)". "Só o dolo que tenha dado lugar ao contrato é o que pode dar lugar a rescisão, é dizer, o dolo mediante o qual uma das partes tenha comprometido a outra a contratar, e que sem dita circunstância não teria contratado; pois todo outro dolo que intervenha nos contratos da lugar somente a indenização de danos e pela reparação do prejuízo que se tenha causado à parte enganada".

Augusto Teixeira de Freitas conceituou⁷³, no seu Vocabulário Jurídico, a *Boa-fé*. Levou em consideração a má intenção, isto é, a ausência de *Boa-fé*. A má fé é exteriorizada pela simulação ou pela fraude. Distingue a *Boa-fé*, em duas modalidades. A primeira: "Consiste a boa fé dos atos jurídicos na intenção de seus agentes relativamente a terceiros, quando procedem sem simulação ou fraude"; e a Segunda uma complementação da primeira: "Reputar-se - a ter havido boa fé nos atos jurídicos, ou nas suas disposições enquanto não se provar que seus agentes procederam de má fé, isto é, com alguns dos vícios do artigo antecedente".

Serpa Lopes⁷⁴, tratando sobre a manifestação da vontade e o negócio jurídico, "afirma que a *Boa-fé* está destinada a exercer uma influência inerente à própria formação dos contratos, e é sob esta forma que mais se aproxima da equidade da qual decorre". Para ele, a *Boa-fé* "apresenta-se, então, como um composto de dois elementos substanciais: o subjetivo e o objetivo".

O primeiro "consiste na *opinio juris*; na *fides* que deve ser *bona*".

O segundo, caracteriza-se por exigir, "além do *credere*, ter motivos para crer, isto é, crer razoavelmente; não a opinião de um homem qualquer, mas a opinião de um homem razoável ou prudente; não havendo mal algum, diz ele, em recordar a gloriosa figura do *diligens pater familias*. Assim deve ser interpretada a *Boa-fé* na

⁷³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 543. Tomo II. Edição Comemorativa do Centenário de morte do autor (1883-1983). Clássicos do Direito Brasileiro. Coordenação de Alcides Tomazetti Jr e prefaciada por Silvio Meira.

⁷⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O Silêncio como Manifestação da Vontade*. 3. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 154.

sua aplicação à questão do 'silêncio' ”.

Não tem dúvida em afirmar “que a obrigação de falar ou de responder depende da configuração objetiva das coisas e quando esta cria na outra parte uma confiante esperança relativamente ao consentimento de quem cala, segundo a interpretação dada por uma mente sã e humana”.

Os autores Menezes Cordeiro dizem que a *Boa-fé* subjetiva⁷⁵ tem “origem no Direito Romano da recepção, e daí ao direito comum – a *Boa-fé* era, simplesmente, a versão subjetivo-psicológica traduzida, na posse, pelo convencimento, do possuidor, de ser o proprietário”. Dizem ainda que a *Boa-fé* subjetiva se encontra no artigo 550 do Código de Napoleão (o possuidor de *Boa-fé* quando possui como proprietário, em virtude de um título translativo de propriedade cujos vícios ignore); trata-se de um conceito puramente psicológico da *Boa-fé*, identificada com a mera ignorância do possuidor. Na sua concepção, esta não sofreu evolução até hoje.

António Manoel Da Rocha e Menezes Cordeiro⁷⁶ assinalam que o “sentido inicial da *Boa-fé* no BGB orbita em torno de dois centros: a *Boa-fé subjetiva* que constitui um expediente-técnico-para exprimir, em-situações complexas, elementos atinentes ao sujeito; a *Boa-fé objetiva* traduz o reforço material do contrato”.

Dizem⁷⁷-nos, ainda que a “bipartição da *Boa-fé* em *objetiva* e *subjetiva* tem suas origens no Código Civil Suíço, que, na versão francesa, se encontram nos artigos 2º e 3º para designar o que na versão alemã, era tido de *treu und glauben* e *guter glaube*”. “Daí a *Boa-fé* objetiva corresponderia à lealdade, ao comportamento das pessoas honestas e opor-se-ia ao dolo e à fraude; seria exigida na conclusão, e na execução dos contratos, nos termos do artigo 1134/3 do Código de Napoleão”. “A *Boa-fé* subjetiva, comum na posse, integraria a hipótese de certa crença errônea, estando definida no artigo 550 do Código de Napoleão”. Há, ainda,

⁷⁵ ROCHA, António Manoel da Rocha; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 187. (Coleção Teses). Neste caso, cita Bartoli, *interpretum iuris coryphaei, in duodecim libros codicis, commentaria*, Basileia (1562), 520, ou pelo menos de não lesar direitos alheios.

⁷⁶ ROCHA, António Manoel da Rocha; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. P. 314. (Coleção Teses).

afirmam, por “proposta de Gorphe, uma tripartição da *Boa-fé*, o que para ele, corresponde a uma variação da dualidade entre a *Boa-fé* objetiva e a subjetiva:

- a) distinguir uma *Boa-fé* critério de avaliação e interpretação de atos jurídicos;
- b) próximo da equidade, uma *Boa-fé* - objeto de obrigação, traduzindo o comportamento leal e honesto; e c) uma *Boa-fé* crença errônea em certa situação”.

Ainda, António Manoel Da Rocha e Menezes Cordeiro⁷⁸ nos dizem que é *Boa-fé* objetiva, contratual, quando deriva da lei para formação do contrato, e exemplificam com o conteúdo do artigo 1134/3 do Código de Napoleão. E na *Boa-fé* entendida como proibição a fraude. Esclarecem, ainda, que a *Boa-fé subjetiva* (exemplo: no caso da possessória) equivalente a um *princípio* de ordem moral é muito larga, e para alguns é metajurídica.

Para os refridos autores⁷⁹ “a *Boa-fé* objetiva é entendida como do domínio do Direito Jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz”.

A *Boa-fé* objetiva, “embora jurídica, parece escapar à lei”. “Continua indefinida, incapaz de delimitação conceitual e com largo espaço a construir”. “Este vácuo tende a ser preenchido a nível lingüístico, com metáforas sucessivas a suprir carências substanciais”. “A fuga para as imagens a que o processo conduz pode ser suprida por duas vias: ou se assimila a *Boa-fé* à justiça, equidade, ao equilíbrio, à lealdade, etc., ou se vê, nela, uma remissão para complexos metajurídicos, como a ética, a moral, o direito natural – nas suas variantes não positivas”.

Asseveram que a *Boa-fé* objetiva é mais complexa que a *Boa-fé* subjetiva e requer uma averiguação separada em três grandes grupos dotados de autonomia institucional:

- a) a *Boa-fé* que inclui culpa na formação dos contratos, a execução das obrigações e outras figuras;

⁷⁷ROCHA, António Manoel da Rocha; CORDEIRO, Menezes. Obra acima citada, 1997. p. 262.

⁷⁸ROCHA, António Manoel da Rocha; CORDEIRO, Menezes. Obra acima citada, 1997. p. 260.

b) o exercício admissível de posições jurídicas, ainda conhecido como por abuso do direito, e c) a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias.

Já, para Alberto do Amaral Júnior⁸⁰, a *Boa-fé* possui um duplo sentido: “A *Boa-fé* subjetiva significa a consciência ou a convicção justificada do sujeito de ter um comportamento conforme ao direito”. Cita exemplo⁸¹: o vendedor aliena certo bem ignorando a presença de vícios ocultos, fala-se de *Boa-fé* subjetiva por parte do vendedor, que acredita praticar o ato conforme ao direito. “A *Boa-fé* objetiva traduz uma regra de conduta”. Impõe às partes determinado comportamento. Exemplifica com o conteúdo do artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O princípio da *Boa-fé* objetiva, para ele, “foi acolhido implicitamente pelo artigo 3 da Constituição Federal, ao determinar que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária”. A solidariedade é um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de direito”.

Com o apoio em Alcides Tomasetti Jr. e Nelson Nery Júnior, justifica no fato de que “se a Constituição explicitamente alicerçou princípios de direito, à sua luz terão de ser apreciadas as normas constantes de leis infraconstitucionais”. No mesmo sentido “os atos jurídicos, ou cláusulas deles, que contrariarem aqueles princípios devem ser já considerados ilícitos com as consequências do direito comum, ordenadas a utilidade superveniente, ou a oportuna ineficacização daqueles negócios”.

Para Alípio Silveira⁸², a *Boa-fé objetiva* pode ser “definida, na esfera jurídica, como comportamento inspirado no senso de probidade, quer no exercício leal e não caviloso dos direitos e das obrigações que dele derivam, quer no modo de fazê-los valer e de observá-los, respeitando em qualquer caso o escopo visado

⁷⁹ROCHA, Antônio Manoel da Rocha; CORDEIRO, Menezes. Obra acima citada, 1997. p. 43.

⁸⁰AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 254.

⁸¹In: SEMINÁRIO BRASILCON. *Cadernos da pós-Graduação*. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito. Ano 4, n. 5, p. 25, ago. 1988. Edição extra.

⁸²SILVEIRA, Alípio. *A Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Editora Universitária, 1973. . p. 8. 2. v.

pelo ato jurídico, a harmonia dos interesses das partes e as exigências do bem comum”.

Antônio Junqueira de Azevedo⁸³, ao estudar em sua obra *Responsabilidade Pré-contratual no Código de Defesa e Proteção do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum* - assinada que “Não se trata da *Boa-fé* objetiva, entendida como um estado psíquico de conhecimento ou desconhecimento, de intenção ou falta de intenção, para que serve a aquisição de direitos, como em matéria de frutos e benfeitorias (artigos 510 e 516 etc.)”.

E prossegue afirmando que “a cláusula geral da *Boa-fé objetiva* é norma de comportamento que, transformada em artigo de lei, está positivada como, por exemplo, o artigo 2º do Código Civil Suíço: Todos devem exercer direitos e executar suas obrigações segundo as regras da *Boa-fé*. O abuso de direito não é protegido por Lei”.

João Bosco Leopoldino da Fonseca⁸⁴ entende que a *Boa-fé* objetiva “é decorrente da realidade do mercado, sem vinculação com a intenção das partes.

Justifica que “nesta acepção não existe a introspecção subjetiva para se saber o que pensa e o que quer o agente”.

E continua: “há sim, por parte do legislador, a aceitação, do geral para o individual, de um critério ou medida que se imponham, de fora para dentro ou de cima para baixo, como se fosse uma relação do genérico para o específico”.

Justifica que assim configura-se a crença, um *Princípio Geral de conduta*, uma ética ou moral social destinados a estabelecer padrões genéricos de conduta pelos quais devem pautar-se os indivíduos ou grupo de indivíduos.

Examinando a função da *Boa-fé* no ordenamento jurídico, Luis Díez Picazo⁸⁵

⁸³In SEMINÁRIO BRASILCON. *Cadernos da pós-Graduação*. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito. Ano 4, n. 5, p. 41, ago. 1988. Edição extra.

⁸⁴SEMINÁRIO BRASILCON. *Cadernos da pós-Graduação*. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito. Ano 4, n. 5, p. 25, ago. 1988. Edição extra. Gustavo Tepedino (Coord.). p. 101. cita como referência o autor Leopoldino da Fonseca, J. B. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*. 1993. p. 120.

⁸⁵WIEACKER, Franz. *El Principio General de Buena Fé*. Tradução de José Luis Carro. Madrid, Espanha.: Civitas,

chega a conclusão de que no BGB ela se manifesta de três modos distintos: primeiro como causa de exclusão de culpabilidade de um ato formalmente ilícito e, por conseguinte, como uma causa de exoneração da sanção ou pelo menos de sua exclusão;

segundo, a *Boa-fé* tida como causa ou fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes através dela. E, por último, a *Boa-fé* é finalmente uma causa de limitação do exercício subjetivo ou de qualquer outro poder jurídico.

Diz que o direito subjetivo deve ser exercitado segundo a confiança depositada no titular pela outra parte e considerando que esta pode pretender de acordo com a classe de vinculação especial existente nelas, e que o Direito subjetivo deve ser exercitado sempre de *Boa-fé*.

Conclui dizendo que a jurisprudência alemã elaborou alguns pressupostos que, segundo ele, Luis Díez Picazo, parece aplicar-se à idéia de que a *Boa-fé* opera como limite ao exercício dos direitos subjetivos: *venire contra factum proprium*, quer dizer que o exercício de um direito subjetivo ou o exercício de uma faculdade é inadmissível quando uma pessoa se põe em contradição com o sentido da pretensão e que a *Boa-fé* haveria de dar a sua conduta; e o atraso desleal. Três são os elementos que compõem essa figura: a omissão do exercício do direito; o transcurso de um período de tempo e a objetiva deslealdade e intolerância do atraso; terceiro: o cumprimento do negócio apesar de defeito formal. Quando o negócio jurídico ineficaz, por defeito formal, é voluntariamente cumprido, pode ser contra a *Boa-fé* exercitar, depois, uma ação de nulidade. E por último, o cumprimento parcial e moderação de prazos. O cumprimento da obrigação deve ser por inteiro.

Para conceituar *Boa-fé*, Caio Mário da Silva Pereira⁸⁶ leva em consideração a subjetividade. Daí a dificuldade de pesquisá-la, porque, segundo ele, “resulta de um *processus* levado a efeito na consciência do respectivo autor, que nem sempre

1977 .p. 19.

⁸⁶ FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 487. Texto de Caio Mário da Silva Pereira.

transparece em ações concretas”. Coisa puramente “interna, não se prova diretamente”.

Critica o fato de que o direito moderno, em suas tendências objetivas, “repele razoavelmente a inquirição da causa que ativa os atos humanos”. Neste sentir, exemplifica: “[...]dentre outros autores, Jhering, Josserand e Windscheid”. O que importa, é “perquirir a vontade, reconstruindo a volição do autor, através de sua vontade declarada”. E arremata. “Fica o intérprete, entre dois mandamentos paralelos: de um lado, desligar-se da fórmula; de outro, desprezar a causa. Conclui, no sentido de que a *Boa-fé* é a ‘integração da justa causa’. Pesquisar a *Boa-fé* é adentrar no domínio da causalidade”.

Para Fernando Noronha, existem⁸⁷ “duas acepções da *Boa-fé*, ou mesmo duas *Boas-fés*, uma subjetiva e a outra objetiva, só se podendo falar em *princípio* da *Boa-fé* a propósito da objetiva: só esta é dever de agir”. E justifica, no sentido de que “só se pode falar em *princípio* da *Boa-fé* a propósito da *Boa-fé* objetiva: só nesta é dever de agir.

Conclui, estabelecendo⁸⁸, “ao *princípio* da *Boa-fé* contratual, três funções: uma interpretativa (interpretação do próprio contrato), outra de integração (explicitação dos direitos e deveres acessórios e laterais das partes) e a terceira de controle (determinação dos limites postos ao exercício de direitos)”.

Ainda para Fernando Noronha, a *Boa-fé* admite duas concepções.

A primeira, a *Boa-fé* subjetiva ou crença, que “é um estado – um estado de ignorância sobre as características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”, e exemplifica: “uma pessoa acredita ser titular de um direito, mas, na realidade, não o têm, porque tal direito só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas”.

E a segunda, a *Boa-fé* objetiva, ou *Boa-fé* lealdade. Esta, para o referido autor, “é

⁸⁷NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais* (autonomia privada, *Boa-fé*, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p.19, 129.

⁸⁸NORONHA, Fernando, obra acima mencionada, p. 131 - 132.

uma regra de conduta, é um dever—dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte”.

Explica que o elemento confiança se encontra em ambas, porém, na *Boa-fé* subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente; na objetiva, tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis.

5. A Boa - Fé Real

O Professor Affonso Paulo Guimarães, em suas apostilas, tem dito que a *Boa-fé* é uma atitude psicológica que deveria sempre, corresponder à realidade dos fatos, isto é, à verdade. E prosseguindo afirma, que a *Boa-fé* jurídica seria, portanto, a atitude psicológica de dar a cada um o que é seu, isto, logicamente, no caso, a justiça e a equidade. Esta é a *Boa-fé Real*.

CONCEITOS META – JURÍDICOS DE BOA-FÉ

CONCEITOS META – JURÍDICOS DE BOA-FÉ

1. Conceito Moral De Boa-Fé

A influência da moral sobre o direito, conforme Henri y Léo Mazeaud⁸⁹, é anterior à redação do Código de Napoleão. Já o “Direito Romano, como consequência do movimento ético que se desenvolveu, a partir do século VII de Roma, por influência da filosofia grega”.

Além disso, “o aporte moral mais importante se deve aos teólogos e aos

⁸⁹ OBRIGACIONES: El contrato, la promesa unilateral. In: HENRI; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América,

canonistas que assimilaram a mentira *mendacium* e consideraram como um pecado o fato de não se cumprir a promessa: *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos)". "Para permitir a moralização dos contratos, os canonistas averiguavam a causa perseguida pelas partes, e anulavam as convenções cuja causa fosse imoral ou ilícita".

Mas, os redatores do Código de Napoleão deram primazia à "filosofia nova", fundada na primazia do indivíduo, e sobre a crença em suas qualidades inatas, e desta maneira, o referido Código construía uma ordem nova que descansava sobre a liberdade.

Assim, os redatores do Código de Napoleão consagraram a autonomia da vontade.

Adverte Del Vecchio⁹⁰ que as "relações entre Moral e Direito são estreitas e categóricas, que uma e outro têm necessariamente o mesmo grau de verdade, o mesmo valor".

Lembra que o "Direito, em Roma, chegou a desenvolver-se positivamente com uma fisionomia própria, distinta da moral". Mesmo assim, argumenta, "entre os preceitos jurídicos, encontramos o '*honeste vivere*', que é antes um preceito moral".

Ainda: "Celso define o direito como '*Ars boni et aequi*', quando '*bonum et aequum*' não são tanto conceitos jurídicos como morais".

Del Vecchio⁹¹, ainda, mostra que a moral diz respeito ao foro interno, enquanto o direito ao externo; e exemplifica: "qualquer pessoa cuida de ser óptimo juiz de si mesmo em questões de Moral, e dos outros em questões de Direito. Julgar a moralidade dos outros só é possível quando nos colocamos idealmente, e quase artificialmente, dentro da consciência alheia considerada".

Em resumo, conclui: "[...] podemos dizer que o Direito constitui a Ética objetiva; a Moral, a Ética subjetiva. O Direito parte do aspecto exterior (físico), enquanto a

1963. p. 36. v.1. Parte 2.

⁹⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5 ed. Tradução de António José Brandão. Coimbra: António Amado-Editor-Sucessor, 1979. p. 365.

Moral parte do aspecto interior psíquico”.

Resulta disso, assinala, que a “coercibilidade é uma sanção própria do Direito; a Moral tem outras sanções, como por exemplo, o remorso, que surge após a transgressão do dever moral” .

Há uma certa relação entre lei e moral. Adaucto Fernandes⁹² com muita simplicidade exemplifica: “O conceito de lei é, pelo contrário, e em absoluto, uma dependência do conceito moral em que fica situada a norma da conduta como aplicação determinada. Em matéria de obrigatoriedade, sempre vigorou o mesmo *princípio*” .

Escrevendo sobre casamento putativo, Yussef Said Cahali⁹³ reafirma que o conceito jurídico de *Boa-fé* não contrasta com o conceito moral social: “[...]quando a lei fala em *Boa-fé*, utiliza-se de um critério valorativo que não é por si forjado pelo Direito, mas que o Direito assume e recebe da consciência social, da consciência ética da sociedade, para o qual foi destinado a valer. Para tanto, se vale de Emilio Betti, in: *Obbligazione*, v.1, p. 66”.

Caio Mário da Silva Pereira⁹⁴ traz a posição de Georges Ripert (in a Regra Moral nas Obrigações Cíveis, p. 13), alertando sobre sua intenção que: “[...] a influência moral define como sendo essa lei bem precisa que rege as sociedades ocidentais modernas, e que é respeitada porque é imposta pela fé, a razão, a consciência, ou simplesmente seguida pelo hábito ou pelo respeito humano”.

Estudando a função normativa da lei moral, Caio Mário defende o *princípio* da autonomia da vontade, protegendo o contratante que se acha em posição inferior.

⁹¹Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 1979. p. 372.

⁹²Ver FERNANDES, Adaucto. *Das Obrigações no Direito Brasileiro*: Conforme a doutrina e jurisprudência brasileira, portuguesa, espanhola, francesa, italiana, suíça, belga, alemã, inglesa e americana. Rio de Janeiro: Coelho Branco F. Editor, 1949. v. 1. p. 303.

⁹³FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 499. Texto escrito por Yussef Said Cahali.

⁹⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 104. Edição com referência à Constituição de 1988, ao projeto de Obrigações de 1965, ao projeto do Código Civil de 1975 e ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

De outra parte, Jesús Gonzalez Perez⁹⁵ corrobora o entendimento de que:

[...] a moral como postulado básico por quanto representa uma das mais fecundas vias de irrupção do conteúdo ético social da ordem jurídica. A *Boa-fé*, como os bons costumes, é sempre uma via de comunicação do Direito com a moral. O Direito, que às vezes não absorve todas as exigências éticas do comportamento incluso, as modifica, permitindo estimar que algo seria juridicamente correto; porém moralmente recusável; em ocasiões, pelo contrário, acode de modo expresse a morai.

Servindo-se da posição manifestada por Ripert (*La Règle morale dans les obligations civiles*), Álvaro Pérez Vives⁹⁶ assevera que o “único fundamento admissível para a teoria da imprevisão é a regra moral”. “Exigir de um contratante que cumpra suas obrigações apesar de que circunstâncias de imprevisão tenham alterado a posição de cada um dos contratantes, é cometer uma injustiça, uma iniquidade”.

Lembra que “os canonistas consideram imoral que um contratante possa exigir o cumprimento da promessa do outro, quando ele não há querido ou podido cumprir a sua. É o que eles sintetizam, com a seguinte expressão: *non servandi fidem, non est fidem servanda*. A forma mista da máxima indica que ela repousa sobre uma idéia moral de fé dada e guardada”.

Há, todos sabemos, no direito contemporâneo, grande preocupação com os deveres morais.

Nesse sentido, Sérgio Carlos Covello⁹⁷ chama a atenção para “o dever moral” sustentado na existência das obrigações naturais.

Indo mais além, lembra, com propriedade, a posição do ilustre jurista Italiano

⁹⁵ PEREZ, Jesús Gonzalez. *O Princípio Geral da Boa-fé no Direito Administrativo*. 2. ed. Madrid, Espanha: Civitas-monografias, 1999. p. 19.

⁹⁶ VIVES, Álvaro Pérez. *Teoría General de Las obligaciones*. 2. ed. Bogotá: Editorial temis, 1953. v. 2. Parte Primeira. p. 270.

⁹⁷ COVELLO, Sergio Carlos. *A Obrigação Natural: elementos para uma possível teoria*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1996. p. 83.

Gabba:

[...] as obrigações referidas no Código justificam-se na sistemática romana por causa da contraposição do direito natural com o direito civil, mas em nossos dias o direito civil não tem outra fonte senão a razão e a natureza das coisas, e, por isso, direito natural e direito civil se confundem, não se podendo admitir existência de um direito natural nem mais rigoroso, nem mais indulgente do que o direito positivo .

2. Conceito Ético de *Boa-fé*

No prólogo do clássico de Franz Wieacker⁹⁸, “El Principio General de Buena Fé”, Luis Díez-Picazo, também distingue a *Boa-fé psicológica* da *Boa-fé ética*.

Assevera que na *Boa-fé psicológica* “o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato ou a contravenção do ordenamento jurídico”.

A *Boa-fé* seria, desse modo, sempre uma crença ou uma ignorância. Dá, como exemplo, o casamento nulo, mas contraído de *Boa-fé*.

O agente ignora o vício e acredita que celebra o casamento válido. Prossegue, exemplificando que o “possuidor de *Boa-fé* (artigo 433 do BGB) ignora que em seu título ou modo de adquirir existe vício que o invalide”.

Conclui: “qualquer tipo de ignorância ou erro, qualquer que tenha sido a causa ou a situação que a motivou pode servir para fundar a *Boa-fé*”.

Sobre a *Boa-fé ética*, diz que é mais exigente. Nesta, “o sujeito que opera em erro ou numa situação de ignorância não é merecedor de proteção – ou de exoneração de sanção – que se outorga ao de *Boa-fé*, se seu comportamento não é valorado como o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível”.

Por tal motivo, argumenta, “será necessário investigar a medida em que foi ou não culpável o erro e a ignorância”. “Neste caso, a *Boa-fé* é fundada no erro ou

⁹⁸WIEACKER, Franz . *El principio General de Buena Fé*. Tradução de José Luis Carro. Madrid, Espanha.: Editorial Civitas, 1977. p. 13.

ignorância que sejam estritamente não culpáveis ou escusáveis”. A *Boa-fé* é um estado ético ou psicológico, que roça o erro e com ele se confunde.

Vicente Ráu⁹⁹ questiona se a *Boa-fé* “deve ser concebida positivamente, isto é, como convicção absoluta, ou negativamente, como ausência de má-fé”?

Entende que “comumente é aceita como um estado ético”, e com apoio em Bonfante¹⁰⁰, completa: “a *Boa-fé* é um momento proporcionado pela ética social e não alterado pelo direito, que o adota; é a *Boa-fé normal*, humana, medida pela prática quotidiana de vida e remetida, caso a caso, à apreciação do juiz, participe e interprete deste sentimento”. Afirmar que “[...] o conceito jurídico de *Boa-fé* não difere de seu conceito ético social”. E se justifica no discurso de Emilio Betti¹⁰¹: “[...] *fa capo ad un concetto e ad un criterio calutativo che non é foggiato dal diritto, ma che il diritto assume e riceve dalla coscienza sociale, dalla coscienza etica della società, per la quale è destinato a valere*”.

Vicente Ráu argumenta, ainda, que “[...] na sociedade romana, como na nossa, a *Boa-fé* não significa senão a mera ausência de dolo ou má fé; e, assim, a falsa crença, que é seu substrato, deve ser uma crença média tal que, em regra, lhe baste a simples ignorância. Conclui dizendo que não é “un concetto ético rigorosíssimo e *misurato alla stregua superiore alla normale*”.

Na concepção de Adauto Fernandes¹⁰², o Homem jurídico deve estar relacionado

⁹⁹ RÁU, Vicente. *Ato Jurídico*. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 194 e seguintes.

¹⁰⁰ RÁU, Vicente. *Ato Jurídico*, 1999. p. 194 e seguintes. Em apoio ao seu entendimento cita Bonfante, “Essenza della Bona Fides e su Rapporto nella Teoria Dell Errore, Scritti Giuridici Varii, 1918, v. II, p. 707 e ss.

¹⁰¹ RÁU, Vicente. *Ato Jurídico*, 1999. p. 194 e seguintes. Cita Emilio Betti: *Teoria Generale delle Obligazioni*, v. I, p. 66; e Georges Ripert: *La Regle Morale dans Obligations Civiles*, 2. ed. p. 50 e ss, para exemplificar a identidade substancial entre a regra moral e a regra jurídica:

“[...] quando pretendo investigar a influência da lei moral na elaboração prática das regras de direito pelo legislador e pelo juiz, por lei moral não entendo qualquer ideal vago de justiça, mas aquela lei precisa que rege nas sociedades ocidentais modernas e é respeitada por ser imposta pela fé, pela razão, pela consciência, ou, simplesmente, porque é respeitada por hábito, ou respeito”. E prossegue: “[...] na realidade, entre a regra moral e a regra jurídica não há qualquer diferença de domínio, de natureza de fim”. “Nem diferença tal pode haver, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia do justo é uma idéia moral. Há, sim, uma diferença de caráter. A regra moral torna-se jurídica “[...] graças a uma injunção exterior necessária em razão do fim a ser alcançado” (Geny, *Science et Technique*, v. II, p. 361).

¹⁰² FERNANDES, Adauto. *Das Obrigações no Direito Brasileiro*: conforme a doutrina e jurisprudência brasileira, portuguesa, espanhola, francesa, italiana, suíça, belga, alemã, inglesa e americana. Rio de Janeiro: Coelho Branco F. , 1949. v. I. p. 300 - 301 e complementa assim: “Ninguém há que que se baste a si próprio, e aquele que conseguir elevar-se um pouco acima dessa necessidade suprema, por condições de ordem estritamente econômica, adquire o poder que

permanentemente com os outros para poder conseguir todos os fins a que se destina em sua vida social.

Argumenta que *unos homo, nullus homo* e que “a idéia de homem, qualquer que seja ela, é sempre uma idéia de espécie animal, sócio-ética, mediante a qual se relaciona com o outro homem”.

Na apresentação de “Ética e Direito: um Diálogo”¹⁰³, Marcio Fabri dos Anjos, ensina que a “ética de inspiração cristã caminhou através da história muito estritamente ligada ao direito”.

Pondera, ainda, que “enquanto a lei se mantinha como indiscutível fundamento da ética e do direito, ambos bebiam na mesma fonte e interagiam de forma intensa”. Argumenta que a ética cristã condicionou em grande parte o direito a ponto de lhe conferir características teocráticas.

Do outro lado, o direito também permeou a ética cristã com marcas inquestionáveis¹⁰⁴. Conclui assinalando que “a crise desse relacionamento se tornou óbvia com a entrada do contratualismo social como fundamento do direito,

Aristóteles já denominava de autarquia. A tendência geral, para maior desenvolvimento da vida sócio-individual, excita, entre si, todos os homens, no sentido de colocá-los uns em frente aos outros, nessa troca permanente de prestações recíprocas, mediante as quais cada indivíduo se reforça a si mesmo, e por sua vez aumenta as forças nos outros indivíduos, que em última análise, em sua totalidade, constituem a força da sociedade em que vivem”.

¹⁰³ ANJOS, Márcio Fabri dos; LOPES, José Renaldo de Lima (Org.). *Ética e Direito: Um Diálogo*. São Paulo: Editora Santuário Aparecida, 1996. p. 12 - 13. Alfonsianum Instituto de Teologia Moral. (Teologia Moral na América Latina, 12).

¹⁰⁴ ANJOS, Márcio Fabri dos; LOPES, José Renaldo de Lima (Org.). *Ética e Direito: Um Diálogo*, 1996. p. 31, texto escrito por José Reinaldo de Lima Lopes, sob o título “Ética e Direito – Um panorama às vésperas do século XXI”, do qual extraímos a análise feita sobre ética e as correntes do liberalismo e do comunitarismo no mundo contemporâneo: “Em resumo, pode-se dizer que os liberais e liberistas compartilham um fundamento essencial que é a procedência da liberdade e da autonomia na reflexão ética. Há entre eles, porém, a distinção importante: para os liberais, na ética pública, isto é, na política, a autonomia se exerce dentro de um quadro de solidariedade mínimo que determina e define por princípio, as liberdades. Havendo uma esfera autônoma de não-intervenção do estado e da sociedade sobre a vida privada, há também um limite para o sujeito, que consiste no princípio da diferença socio-econômica: esta só é justificável se não piora a sorte dos menos favorecidos (ex.: John Rawls Ronald Dworkin (EUA), Alexy (Alemanha)). Para os liberistas, qualquer preocupação como o resultado dos processos de intervenção entre agentes livres é injustificável. Pertencem a esta corrente Friedrich Hayek e Robert Nozick. Os comunitaristas, por sua vez, reafirmam uma visão organicista da sociedade e a precedência do todo sobre as partes, ou seja, da comunidade sobre o indivíduo. Os nomes mais relevantes desta corrente seriam Charles Taylor e Michael Walzer, Alasdair Macintyre, Michael Sandel e, talvez, a seu modo John Finis. A tensão destas duas posturas, creio eu, está à procura de uma resposta ética do discurso. Karl Otto Apel e Jürgen Habermas são os mais característicos autores deste núcleo. Críticos, somando tanto a crítica Kantiana quanto a marxista, podem ser tidos como herdeiros dos ideais de liberdade dos modernos ao mesmo tempo que levam a sério a impossibilidade de existência do ser humano não-socializado. Nestes termos a partida teórica consiste na recuperação da atividade comunicacional como princípio para uma antropologia de base. Podem recuperar em Aristóteles o homem político, “capaz da fala”, e em Wittgenstein o inarredável jogo de linguagem que nos constitui. Podem tomar de Kant o princípio de uma razão universal ideal e submetê-lo às condições de possibilidade de uma comunidade real de comunicação”.

abrindo possibilidade de separação entre ética e direito”.

Pondera que não são suficientes os códigos marcados pela ética. São indispensáveis, também, atitudes e posturas éticas, e estas “não apenas assumidas por indivíduos, mas principalmente por boas instituições, para que tenha sustentação a executoriedade das boas leis”.

Para o sucesso disso, sugere a constituição de um *ethos* social propício ao respeito dos semelhantes, o mínimo para que se dê credibilidade às leis, ao direito¹⁰⁵.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁰⁶ argumenta que, ignorando que o Direito é apenas uma província da ética, o vulgo confunde a noção de moral e fidelidade com a noção jurídica, usando a locução *Boa-fé* muito mais largamente do que em rigor de Direito; *ipso facto* vislumbra má fé onde há apenas um deslize moral.

Arnoldo Wald¹⁰⁷ afirma a existência de um conceito psicológico e ético de *Boa-fé*; o primeiro não se ocupando da culpa por parte de quem praticou a ação. Exemplifica com o artigo 490 do Código Civil de 1916. No conceito ético, a ação é praticada com culpa ou falta de cuidado grave, não podendo, em razão disso, alegar *Boa-fé*.

Assevera o mencionado autor que o Código Comercial brasileiro “[...] adotou a corrente que aceita a alegação de ignorância do agente, mas, na execução do contrato, a *Boa-fé* significa a lealdade que as partes devem ter uma com a outra”, e exemplifica com o artigo 131 do referido código.

¹⁰⁵ Márcio Fabri dos Anjos sugere o aprofundamento da questão, com apoio no Prof. Luciano, com estudos nas obras de Bayle, J. Locke e Voltaire. *Ética e Direito: Um Diálogo*. ANJOS, Márcio Fabri dos; LOPES, José Renaldo de Lima (Org.). São Paulo: Editora Santuário Aparecida, 1996. p. 16. Alfonsianum Instituto de Teologia Moral. (Teologia Moral na América Latina, 12). 1996.

¹⁰⁶ FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 489. Texto de Caio Mário da Silva Pereira.

¹⁰⁷ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. 10. ed. São Paulo: Revista dos

3. Conceito Eqüitativo de *Boa-fé*

A preocupação do homem com a justiça é antiga. Iduna Wiinert de Abreu registra que não só Aristóteles, mas Heródoto, os sofistas e Platão registraram, no Direito Grego - a *epikeia* sobre a lei, uma vez que: “não constituía mero método de suprir lacunas dos textos legais, mas uma verdadeira ‘lei’, paralela à lei vigente, com a finalidade de prevenir os seus atrasos em relação aos fatos sociais e de corrigir seus excessos¹⁰⁸”.

No direito brasileiro, diz (obra citada p. 228) que a presença da eqüidade resulta do desenvolvimento de duas de suas principais funções: “como fator de amenização dos rigores das normas jurídicas e como processo de preenchimento das lacunas da lei”.

A presença do divino e a idéia de responsabilidade e de culpa têm acompanhado sempre a idéia de justiça.

Lafayette Pozzoli¹⁰⁹ registra a presença do caráter retributivo imbricado na noção de uma presença divina na Grécia antiga para a conceituação de Justiça.

Lembra que na *Ilíada* encontra-se uma clara ilustração desse preceito: “Como no tempo do outono se abate uma terrível procéla na terra escura, ao mandar Zeus potente e infinito aguaceiro, quando irritado se encontra com os homens e quer castigá-los, por ver que torcem no forum a justiça e sentença proferem desrespeitando o direito, sem medo dos deuses eternos – Homero *Ilíada*, XVI, 384-388)”.

Ao concluir, diz que deve ficar consignado que já em Hesíodo aparece a luta entre a força(a desmedida) e o direito(a justa medida) que se manifesta no processo. Assinala, ainda, Lafayette Pozzoli, obra acima citada p.38, a classificação das virtudes públicas que, na concepção de justiça de Platão, são as seguintes: “Temperança, coragem, sabedoria e justiça”. Assim, diz, a justiça é a força que contém cada modo de ser dentro de seus próprios limites. Assinala, ainda, que a

Tribunais, 1992, p. 156.

¹⁰⁸ ABREU, Iduna Wiinert de. Da Eqüidade Estudo de Direito Positivo Comparado. *R. Inf. Legisl*, Brasília. v. 15, n. 60, p. 217, out/ dez. 1978.

harmonia se estabelece pela submissão dos instintos sensíveis(autocontrole, temperança) ao coração(honra, coragem) e deste à razão(sabedoria).

Hermann Heller, apresenta sua conclusão sobre a justiça e a construção do direito positivo.

Parte da fusão de *princípios* latentes no seio das comunidades com as leis positivas.

O referido autor nos mostra a construção do direito nas diversas fases da história¹¹⁰,

a consciência jurídica não se estendia além da própria comunidade que aparece sancionada pela divindade do grupo.

Assim, primitivamente, todo grupo tem o seu deus, que deve sustentá-lo para vencer os outros grupos e deuses e conseguir assim o poder e o direito à dominação sobre eles. Do mesmo modo que os judeus a idéia de Deus e do direito se referia em *princípio* tão-somente ao próprio povo. O grego considerava, primitivamente, a lei jurídica supra pessoal só na imagem da polis sancionada pela religião. Pelo contrário no *corpus christianum da Idade Média* atribui-se a cada alma humana o seu lugar adequado dentro da mesma submissão filial a Deus, sobre a base da lex aeterna relevada segundo a ordem desejada por Deus. Tratava-se de uma universalidade cósmica que abrangia tanto esta vida como a outra, em uma ordem unitária. Este amplo sentimento jurídico do homem ocidental seculariza-se na idade moderna; o Direito Natural cristão laiciza-se, mas nem o Direito Natural dogmático nem o racional renunciam à pretensão de validade universal. Durante dois mil anos justificou-se, se não o Estado, pelo menos o poder político, pela necessidade de assegurar o Direito Natural suprapositivo.

Precisar o conceito de equidade é coisa muito difícil. João José Pinto Júnior, autor

¹⁰⁹ POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 35.

¹¹⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1969. p. 262.

do programa de ensino de Direito Romano da Faculdade de Direito de Recife¹¹¹, traz as seguintes contribuições: Leibnitz, definindo eqüidade considerou-a sinônima de igualdade; Rousell, que não se pode defini-la. Assinala que outros confundem a *aequitas* com o *jus* e definem *aequitas enim nihil aliud est, quam jus quod lex scripta praetermisit*; alguns, pondera, o citado mestre consideram a *aequitas* como uma percepção instintiva de que são dotados os homens para distinguirem entre o justo e o injusto, o bem e o mal e concluí: “[...] que daí vem a divisão da eqüidade em natural e civil, conforme o fundamento que se der”.

O Prof. Affonso Paulo Guimarães explica o conceito de eqüidade¹¹², com referência ao Direito, a Lei:

A eqüidade (*aequitas*, *aequitatis*; *epieikeia*) é a virtude que complementa o Direito (a lei), abstrato, formal, genérico e frio, inovando-o, muitas vezes; buscando, sempre, a realidade concreta, apreendendo-a com toda a significativa riqueza da história de um fato. A eqüidade considera os aspectos individuais, singulares e as situações peculiares que se apresentam, na gama infinda das realidades. Graças a ela, a vida do Direito, tanto no tempo dos romanos quanto nos dias de hoje, é vivificada, de contínuo, pela adaptação constante das normas jurídicas às novas realidades que o tempo e o espaço apresentam. Ela acompanha a existência dos homens, cumprindo a sua sagrada missão de trazer a justiça às relações humanas, nos casos mais específicos. A *aequitas* é a *suprema ratio legis*, sob cujo influxo, as leis positivas são criadas, alteradas, substituídas ou anuladas. A eqüidade foi defendida por Aristóteles e reconhecida pelos juristas romanos. Afirma o estagirita: A própria natureza da eqüidade é a retificação da lei onde esta se revela insuficiente pelo seu caráter universal (*Ética a Nicômico*, v. 14, 1137 b26).

Ao conceituar direito segundo Celsus - *ius est ars boni et aequi*, Gaetano

¹¹¹ PINTO JUNIOR, João José. **Programa do Ensino da 2ª cadeira do 1. Ano da Faculdade de Direito do Recife em 1883**. Recife: Tipografia do Jornal do Recife. p. 38 - 39.

¹¹² GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 31.

Sciascia¹¹³ assinala que “*Ars* significa também sistema; *bonum et aequum* é conceito único, próprio do direito mais adiantado. *Aequitas*, etimologicamente igualdade, consiste em dar igual proteção a interesses igualmente merecedores e contraposta a *jus strictum* (exemplifica: o direito da sucessão legítima das XII Tábuas aparece *strictum*, Gaio, 3,18; D. 38, 8, 2 Gaio) constitui a justiça ideal na legislação”. Conclui, lembrando -C.3, 8 imperador Constantino (ano 315 d.C.): “[...] foi estabelecido que em todas as coisas a razão da justiça e da eqüidade deve prevalecer sobre a do estrito direito - *placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*” .

Com a precisão que lhe é peculiar, Javier Hervada, nos diz¹¹⁴ que o justo tem uma regra, e esta regra recebe o nome de regra de direitos ou norma jurídica. Que a norma é a regra de direito, sendo o direito, a coisa justa.

Para ele, a norma recebe o nome de direito (direito objetivo) por atribuição análoga (por translação da linguagem). Diz que a Lei é o nome da substância, direito o de relação é direito em relação à coisa justa: regra do direito.

A faculdade moral, por sua vez, é direito subjetivo, enquanto conjunto de manifestações do poder de domínio sobre a coisa.

Diz, ainda, que o caráter distintivo da norma jurídica é a justiça, por tratar das condutas justas.

Assinala, que modernamente, as normas jurídicas foram contempladas de outros pontos de vista.

Destes, assinala que, um é a ordem social; daí que, para ele, a lei é uma ordenação racional das condutas humanas, em função do bem comum. Neste passo, Javier Hervada adota a definição de Lei de Tomás de Aquino.

Pondera¹¹⁵ que a medida do direito é apenas o ajustamento entre o devido e o dado, isto é, a delimitação do direito e da dívida. Prosseguindo, nos diz, que o

¹¹³ SCIASCIA, Gaetano. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro**. Textos e apontamentos extravagantes. Com prefácio do Prof. Dr. Alexandre Correia. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 38.

¹¹⁴ HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto: Resjurídica, 1990. p. 214.

¹¹⁵ HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto: Resjurídica, 1990. p.39, 58, 59 e 79.

justo implica uma relação de igualdade entre coisas (justiça comutativa) ou entre coisas e pessoas (justiça distributiva). Mostra-nos, ainda, que o empréstimo gratuito (comodato) de uma grama de sal gere uma dívida do mesmo tanto de sal, mas isto, não é uma questão de acordo humano, mas da natureza do contrato – em contraposição o mútuo consiste em dar uma coisa para que se devolva ao que a empresta. Exemplificando, diz que “o tratamento proporcional entre dois doentes consiste em dar a um medicamento A e a outro o medicamento B, não é um acordo humano, mas uma proporção que é dada pela distinta doença ou pela distinta reação do corpo aos medicamentos”.

Javier Hervada, finalmente, faz uma perfeita distinção entre justiça e equidade com o seguinte exemplo¹¹⁶:

Aquele que destroi o quadro de um pintor famoso produz um mal ao seu dono, que tem o direito à restituição; por esta ser impossível, pois o quadro foi destruído, nasce o dever de compensação. A compensação pode ser justa, pagamento do valor de mercado suporá a anulação da dívida de justiça mediante uma satisfação justa. Aqui operou a justiça, não a equidade. Assim, igualmente, no caso de homicídio. Quem mata injustamente um homem produz um mal à esposa e aos filhos da vítima [...]; mas este mal não é de nenhum modo, avaliável em dinheiro.

Conclui, que “não há correlação nem ajustamento possível entre a pessoa humana e o dinheiro”.

Ao conceituar o Direito, Del Vecchio¹¹⁷, lembra que Aristóteles concebeu a equidade como um corretivo da generalidade da lei, isto é, “como uma espécie de justiça melhor que a legal, porque esta, dada a sua generalidade, não pode adequar-se perfeitamente a todos os casos possíveis”. Conclui assinalando que a equidade “não quer a infração da norma, mas a sua adaptação às diversas circunstâncias de fato, pois só assim satisfará o seu fim e a sua função, e além

¹¹⁶ HERVADA, Javier. *Crítica Introdutória ao Direito Natural*, 1990. p.58.

¹¹⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Tradução de António José Brandão. Coimbra:

disso, sempre que faltar norma aplicável, surgirá, em nome da equidade, a exigência imposta ao juiz de estabelecer uma norma, adequada ao caso não previsto pelo legislador”.

Lembra que certa atitude no prudente arbítrio do juiz foi sempre reconhecida. Como exemplo, cita o pretor romano, que de certo modo foi sempre um pouco legislador, tendo cooperado diretamente na determinação de normas jurídicas que ele mesmo devia aplicar. E que se faltar norma reguladora de certa relação, deve o juiz “excepto” se a hipótese for de direito penal, pelo *princípio* da *nulla poena sine lege* utilizar a interpretação analógica; sendo esta impossível, por falta de normas aplicáveis por analogia, aos *princípios* gerais de Direito.

Ocorre que, havendo necessidade do uso dos *Princípios* Gerais de Direito, ou da analogia, o juiz deve ficar nos termos das demais normas que regem o sistema jurídico ao qual está submisso, no caso concreto.

Assim, assevera Del Vecchio¹¹⁸ que, estabelecida a distinção entre poder legislativo e poder judiciário, no caso, deve o juiz agir dentro de certos limites”. Conclui, assinalando que “a fonte inexaurível do Direito é constituída pela natureza das coisas, tal como esta pode ser apreciada pela nossa razão”. “A esta fonte, que uma tradição muitas vezes milenária chama direito natural, teve o legislador italiano a intenção de se referir, entendendo por *Princípios* Gerais de Direito os meios cujo emprego permitiria suprir as deficiências inevitáveis das suas prescrições positivas”.

José Puig Brutau¹¹⁹, no tocante a procedimento dos julgadores, é mais incisivo:

[...] mas isto não significa que sejam de todo livres para inventar uma

Antônio Amado-Editor-Sucessor, 1979. p. 378.

¹¹⁸DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 1979. p. 380.

¹¹⁹Cf. BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AGE – Assessoria Gráfica, 1977. p. 189. (Coleção AJURIS, 5). Mais adiante, explica com mais detalhes sua posição: “A adequação ao fato real do fato suposto na norma, dito de outro modo, quase nunca se dá com exatidão, e, além do mais, vai diminuindo, à medida que a obra legislativa envelhece. A lei, pois, não tem o condão de evitar que constantemente se recorra à fórmula que sintetiza o espírito do direito casuístico: solvitur ambulando. Decisão esta que se logra mercê de um duplo recurso: ou o jurista aplica a sua argumentação aos fatos descritos para demonstrar que supõem ou equivalem à previsão dos fatos reais subsumidos na norma, ou então a argumentação se dirige aos fatos reais para aproximá-los e acomodá-los aos descritos no texto legal. No primeiro caso, apela-se para os princípios gerais do direito, enquanto que no segundo recorre-se à qualificação dos fatos por meio de conceitos ou categorias jurídicas”.

solução qualquer. O que acontece – acrescentemos por nossa conta – é que eles, procedendo embora como legisladores ocasionais, obrigam-se a manter as suas resoluções dentro do conjunto harmônico do direito vigente. Laboram como legisladores, mas como legisladores do direito estabelecido: de sorte que o arbítrio judicial – eliminemos este receio – jamais degenerará em arbitrariedade pelo só fato de que lhe incumba manter a continuidade do direito objetivo em terreno não palmilhado até então pelo legislador.

Henri y Lèon Mazeaud¹²⁰ asseveram que se compreenderiam muito mal as disposições do Código Civil Francês, relativas aos contratos, se forem deixadas de lado as considerações elementares da eqüidade, cujas origens se encontram nas leis romanas. Em tal direito se encontra desenvolvida a ciência do justo e do injusto, nos *princípios* e na *eqüidade*: “Pero tal es el orden admirable de la Providencia, que no hay necesidad, para regular todas esas relaciones, sino de ajustar-se a los *princípios* que se hallan en la razón y en el corazón de todos los hombres. Es ahí, en la equidad, en la conciencia, donde los romanos han encontrado ese cuerpo de doctrina que tomará imortal su legislación” .

Referindo-se a Ripert, Ávaro Pérez Vives¹²¹ assinala que em conformidade com o artigo 1184 do Código de Napoleão – e como tem decidido a Corte de Cassação - “a consagração dessa regra de eqüidade não permite deixar a um dos contratantes o vínculo contratual, quando a outra parte não possibilitará um equivalente”.

A eqüidade no Código Civil Francês¹²², vem expressa no artigo 1135: “As convenções obrigam não somente ao que está nelas expresso, mas ainda a todas as conseqüências que a eqüidade, o uso ou a lei derem à obrigação de acordo

¹²⁰ OBLIGACIONES: El contrato, la promesa unilateral. In: HENRI ; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1963. p. 27. v. 1. Parte 2.

¹²¹ VIVES, Álvaro Pérez. *Teoría General de Las obligaciones*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1953. p. 270. v. 1. Parte 1.

¹²² FRANÇA. *Código Civil Francês*. Texto integral do Código de 30 ventoso, ano XII (21 de março de 1804), de conformidade com a última edição oficial de 30 de agosto de 1816. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960.

com a sua natureza”.

No Código Civil Italiano¹²³, a *eqüidade* vem expressa no artigo 1374: “O contrato obriga as partes não somente em relação ao que está expresso, mas ainda em relação a todas as conseqüências que dele derivam segundo a lei, ou, na falta, segundo os usos e a eqüidade”.

Caio Mário da Silva Pereira¹²⁴ se refere a eqüidade como “eqüidade natural”. Assinalando que esta desenvolveu o *princípio* da *Boa-fé*, filha da justiça.

Sobre o processo de interpretação da declaração da vontade, na busca por justiça, conclui:

a declaração, uma vez externada, separa-se da vontade de quem a emite, da mesma forma que a lei, depois de publicada, fica independente da vontade do legislador. Julgar-se-á a declaração com objetividade, depois de devidamente interpretada: tal interpretação não visa a descobrir o que seu autor eventualmente queria, mas a apurar a maneira como uma pessoa normal, de acordo com os *princípios* da *Boa-fé*, entenderia .

As diferenças entre *Boa-fé* e *eqüidade*, conforme Jesús Gonzalez¹²⁵, estão nos distintos planos em que operam: “[...] a eqüidade opera em relação com a norma que se aplica e é interpretada, atenuando a aplicação da norma em função de circunstâncias fundamentalmente objetivas; o *Princípio Geral da Boa-fé* em relação com os atos jurídicos, com os direitos que se exercitam e as obrigações que se cumprem. Assim, o *Princípio Geral da Boa-fé*, em função da conduta do sujeito”.

¹²³ ITÁLIA. *Código Civil Italiano*. Texto integral do Código de 16 de março de 1942 e com as disposições para a execução do Código Civil e disposições transitórias de 30 de março de 1942. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Idéia de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Revista Forense Universitária, out. 1937. p. 26. Caio Mário da Silva Pereira cita, em abono de sua afirmação, François Gophe – *Les Principes de La Bone Foi*. p. 244. O mesmo sentido na obra de FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). *Eciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 486.

¹²⁵ PEREZ, Jesús Gonzalez. *O Princípio Geral da Boa-fé no Direito Administrativo*. 2. ed. Madrid, Espanha: Civitas-

Judith Martins Costa¹²⁶ liga a *eqüidade* ao termo “*Justiça contratual*”, citando Grotius – “que liga a *fides* à *aequalitas* ou equivalência das prestações, - equivalência interna entre prestação e contraprestação: [...] *ne plus exigatur quam par est*”. Prossegue, asseverando que “a posição ética, contratual material defendida por Grotius, embora tenha sido retomada por Puffendorf, teria sido afastada da codificação, para ser retomada por Larenz (com a teoria da base do negócio jurídico) e com Emílio Betti (com a teoria da excessiva onerosidade)”.

Conclui, assinalando que a teoria da justiça contratual material vai ao ponto de perceber a existência do que hoje chamaríamos de “deveres laterais”, “Anexos” ou “instrumentais”, decorrentes do vínculo contratual.

Os códigos civis que até hoje, foram sendo publicados passaram, no geral, conforme Clóvis do Couto e Silva¹²⁷, “a disciplinar o fenômeno da ‘base do negócio jurídico’ com o que se afasta a concepção abstrata de vontade, em favor da vontade negociai concreta no Direito das Obrigações”.

Tal concepção, diz, “permite revalorizar as prestações, quando da aplicação da eqüidade para restabelecer o equilíbrio perdido”. Tal solução, continua, “é a mais consentânea com o negócio jurídico, que se reestrutura materialmente, valorizando o negócio contra a solução do direito a resolução”.

Essa revalorização, prossegue o mesmo autor: “[...] entrou no Código civil Italiano com a denominação de *excessiva onerosità*, mas, ressalva, foi criação da jurisprudência alemã¹²⁸ e da doutrina, partindo da impossibilidade econômica, e depois adotando-se o conceito de ‘desaparecimento’ da base do negócio jurídico, com fundamento no § 242 do BGB”.

monografias, 1999. p. 32.

¹²⁶ COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 159.

¹²⁷ Clóvis do Couto e Silva et al. no artigo: “O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português”. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 71.

¹²⁸ Clóvis do Couto e Silva et al. no artigo: “O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português”. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 71. Ver mais: In: WIEACKER, Franz. *El Principio General de Buena Fé*. Tradução de Jose Luis Carro. Madrid, Espanha: Civitas, 1977. La solución del problema de la base del negocio, como han demostrado Larenz e Schmidt-Rimpler, hay que obtener-la *praeter legem*, partiendo del arte Forense Universitaria tradicional y las nuevas exigencias objetivas. Por las mismas razones, hay que separar del estricto campo del parágrafo 242 la teoría ético-jurídica o política-jurídica del abuso del derecho o del ejercicio abusivo de los derechos subjetivos,

De outra parte, podemos considerar a relação existente entre legalidade, solidariedade e a *Boa-fé*. Podemos relacionar, no caso, abuso de direito e agir de *Boa-fé*. A norma de *Boa-fé*¹²⁹ “requer que se encontre no caso ‘sub judice’ um meio termo entre o *princípio* de que uma parte pode ignorar os interesses da outra no exercício dos seus direitos e o *princípio* oposto, de que deve tratar esses interesses exatamente como se fossem os seus”.

ACEPÇÃO HISTÓRICA DE BOA-FÉ

a) A *Boa-fé* no Direito¹³⁰ Clássico (Greco-Romano)

No Direito Romano, a palavra “*fides*”, conforme Betti¹³¹: “[...] expressa uma qualidade objetiva que se atribui àquilo em que se pode confiar”. “Representa uma segura confiança. Que é digno de fé, exemplo: um documento autêntico, um testemunho”.

Conclui ponderando que: “[...] segundo a concepção da sociedade romana, era costume observar, nas relações entre os homens de honra –o respeito– cumprimento das expectativas recíprocas”. “Assim, na tutela, no mandato, na fidúcia, no depósito etc”.

Betti, modernamente, observa que: “[...] há um novo sentido de *fides*, *bona fides*, seja como expectativa, seja como descumprimento o cumprimento de uma obrigação alheia(expectativa)”. “É especialmente fidelidade e compromisso de cooperação”. Boa fides exige: lealdade e probidade – o mínimo ético – tanto nas

cuyo planteamiento e impacto afecta a los limites mismos de todo el Derecho privado. p. 27.

¹²⁹ UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna: Contribuição à Crítica da Teoria Social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 219 - 220.

¹³⁰ O emprego do termo *Direito*, neste trabalho, tem o sentido de tarefa da ordem legal como a de manter a ordem interna da sociedade politicamente organizada, como faz Roscoe Pound: “O termo ‘direito’ (law) é comumente usado para incluir, tanto esta tarefa os meios pelos quais nos empenhamos em realizá-la” – In: SILVEIRA, Alípio. *Fator Político Social na Interpretação das Leis* (With na English Condensatio) . Introdução de Roscoe Pound. São Paulo: Tipografia Paulista, 1946. p. XVII.

¹³¹ Cf. BETTI, Emilio. *Teoria General de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho espanhol por José Luis de

relações contratuais como nas possessórias.

A propósito da *fé obrigacional* e da *Boa-fé* possessória, Clóvis do Couto e Silva¹³² traz as seguintes considerações, tendo como ponto de partida a teoria dos sistemas—aberto e fechado— das normas jurídicas: “[...] insiste ainda Wilburg em negar o valor autônomo da *Boa-fé*, isto é, a possibilidade de criação de soluções jurídicas com base exclusivamente em sua concreção. “O fato de considerar-se o sistema como ‘aberto’ permite a admissão da mobilidade, ou seja, a aplicação de outras disposições legais para solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista o mesmo fato”. “Também, não se opõe—antes exige—que se considere o sistema como resultado do pensamento lógico e axiológico, como salienta Canaris (*Systemdenken und Systembegriff*, 1969) composto de círculos escalonados de privacidade e publicidade, como enfatiza Raiser (*Die Zukunft des Privatrechts*, in *Die Aufgabe des Privatrechts*, cit. p. 208 -234)”. Conclui fazendo a distinção que mencionei acima:

[...] todas essas posições revelam a grande amplitude de significados e concepções decorrentes da caracterização de um sistema como aberto. A particularidade do pensamento de Wilburg está em admitir não propriamente uma ‘abertura externa’, para receber aspectos e concepções extrajurídicas, mas uma ‘abertura interna’, permitindo que se componham soluções de direito obrigacional com idéias fundamentais que formaram, e ainda formam, o Direito das Coisas, ou seja, pretende-se vincular normas que presidem a ordenação dos bens com o Direito das obrigações (Wilburg, *Zusammenspiel der Kräfte*, cit., p. 379).

Sobre o conceito de *vínculo obrigacional*, entre nós, Clóvis do Couto e Silva, na obra acima mencionada (p.58), diz: “[...] prevalece ainda o que o Direito Romano

Los Mozos. Madrid, Espanha: *Revista de Derecho Privado*, 1969. p. 82, 83 e 114. Tomo I.

¹³²SILVA, Clóvis do Couto e, et al. *O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português*. JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 50.

transmitiu ao Direito Moderno e a todos os países que o receberam. Os juristas brasileiros no início do século, os principais deles no campo do Direito Civil, sofreram forte influência da pandectística, bastando citar Clóvis Beviláqua, Lacerda de Almeida, os Epínolas; e na atualidade o grande jurisconsulto Pontes de Miranda”.

Conta Andreas von Thur¹³³ que o “Direito Romano e o Comum exigiam, para o fechamento do negócio jurídico, a concorrência simultânea de duas manifestações de vontade coincidentes”. Assim: “[...] a parte que fazia a proposta podia livremente frustrar o nascimento do contrato, mudando sua vontade antes de chegar à manifestação positiva formulada pelo aceitante”.

Nesse sentido, reinava a incerteza. Assim, “para dar maior estabilidade ao comércio jurídico, as leis modernas, entre outras o Código de Obrigações, adotam a oferta de eficácia obrigatória”.

A obrigatoriedade, conclui: “[...] consiste em que o oferente não pode revogar a oferta, uma vez que a mesma tenha alcançado seu destino”. E que: “[...] a lei infunde à oferta a eficácia obrigatória”. Salvo se a oferta não for suficientemente precisa.

Francisco Ferrara¹³⁴ atribui à modernidade o sentido de evolução do *individualismo* para o “*direito social*”.

Clóvis do Couto e Silva¹³⁵ confirma o caráter de retidão da *Boa-fé* romana, argumentando que: “[...] o *ius honorarium* valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas ‘*actiones ex*

¹³³VON TUHR, Andreas. **Tratado de Las Obligaciones**. Traducido del Alemán y concordado por W. Roces. Madrid, Espanha: Editorial Reus, 1934. p. 137.

¹³⁴FERRARA, Francisco. **A Simulação dos Negócios Jurídicos**. Campinas, São Paulo: Red Livros, 1999. p. 336, assim se expressa: “O colossal aumento do comércio e da indústria, a multiplicação e entrelaçamento das relações econômicas, a atividade rápida e intensa da vida social aumentaram cada vez mais a necessidade de dar firmeza e confiança às relações de direito, já que hoje não pode considerar-se o negócio jurídico como uma coisa isolada, mas sim como um anel duma grande cadeia, ininterrupta, doutras relações jurídicas também, como uma célula do organismo comercial. É essa a razão pela qual o direito moderno vai perdendo o caráter individualista, herdado do direito romano, e adquire uma marcada tendência social, impondo e fazendo prevalecer as necessidades gerais ainda que à custa do sacrifício dos interesses singulares”.

¹³⁵SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. 1964. 233 F. Tese (concurso da Cadeira de Direito Civil) -

fide bona', nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico". Ainda, esse autor¹³⁶, no texto "O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português", relata: "Seguramente, o primeiro jurista a mencionar, entre nós, a aplicação objetiva do princípio da Boa-fé foi Emilio Betti", quando ministrou um Curso na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1958.

Yussef Said Cahali¹³⁷ assinala, com o auxílio de

no Direito romano, ao lado da *bonae fidei possessor*, posse errônea mas justificável de alguma coisa, tinha-se, nas obrigações, o *contractus bonae fidei* em contraposição ao *contractus stricti iuris*; neste, o vínculo permanece estranho à equidade, aos usos, apegado apenas à letra da convenção; naquele, confundindo-se com os *iudicia incerti*, nada se determina por antecipação, sendo necessário recorrer-se à Boa-fé, à equidade, decidindo o juiz as *actiones bonae fidei* com amplo poder discricionário.

Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, RS. p. 28.

¹³⁶SILVA, Clóvis do Couto e, et al. O princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43.

¹³⁷In. FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 499. Texto de Yussef Said Cahali *apud* MOLITOR. *Obligations*. v.1, n.18. Volanskyessai, n. 122. BRETON. Effets civils

b) A Boa-fé no Direito Moderno¹³⁸

A *Boa-fé* no direito alemão, diz Andreas von Thur¹³⁹: “[...] nasceu por diferenciação do conceito mais amplo da *bona fides* romana”.

Afirma, ainda, que a “*bona fides*” (assim como seu oposto, o “*dolus malus*” era originariamente uma noção moral e indicava a atitude do homem honesto. E ainda que:

[...] deste *principio* derivam, por uma parte, a confiança e fé, como medida de interpretação e integração dos contratos (artigos. 157 e 242); e por outra, a *Boa-fé*, que estamos examinando e cujo caráter jurídico não se cuida na atitude honesta, senão no desconhecimento do fatos. Daí que a *Boa-fé* seja um fato e pertence ao campo do conhecimento; a lei a toma em consideração para proteger a honestidade e a circulação dos bens.

Assevera, também, Andreas von Tuhr¹⁴⁰ que o direito moderno tem se ocupado muito em proteger a *Boa-fé*, mas o mundo dos negócios, atualmente, não permite as partes conhecer exatamente a verdadeira situação dos fatos; devem confiar que sejam tal como se apresentam, e que: “[...] cuando existen ciertas condiciones, la ley protege esa confianza y hace que se produzcan los efectos que a raíz de su opinión errónea el agente tenía razón de esperar, y que para el agente de buena fé sean menos graves los efectos que el factum produciría en perjuicio suyo” .

de la bonne, p. 87.

¹³⁸O Direito moderno aqui tem o sentido empregado por MARTÍNS JUNIOR, Isidoro, no seu livro: **História do Direito Nacional**. Brasília, DF: Ministério da Justiça – Co-Edição, Universidade de Brasília. Departamento de Imprensa Nacional, 1979. v. I. p. 31 e seguintes. (Coleção Memória Nacional) “Quando o espírito humano penetra nos escuros domínios da jurisgenia (permita-nos o neologismo) verifica-se que, para produzir “[...] ovo imenso” do Direito moderno, foi necessária a fusão, não de dois, mas de três organismo criadores: o Direito Romano, o Direito Germânico e o Direito Canônico. Os dois primeiros elementos do hodierno Cosmos jurídico trazem as características de duas raças psicologicamente diferenciadas; o último, porém, não repousa sobre diferenças étnicas; afirma-se, principalmente, pelas suas tendências internacionais e gerais - melhor diríamos, universais”.

¹³⁹VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**. Teoria General del Derecho Civil Alemán. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1947. v. II. p. 150. I. Los Hechos Jurídicos

¹⁴⁰VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**. Teoria General del Derecho Civil Alemán, 1947. p. 151. v. II. I. Los Hechos Jurídicos.

Referindo-se à origem da *Boa-fé* alemã, Andreas von Thur¹⁴¹ diz que a proteção da fé constitui um caso particularmente importante em que a lei considera o erro. Justifica, em nota de rodapé n. 63, que: “[...] a *Boa-fé* alemã nasceu por diferenciação do conceito mais ampla de *la bona fides* romana. La bona fides (así como su opuesto, el dolus malus), era originariamente uma noção moral e indicava a atitude do homem honesto; Pernice, Labco, II, 1. p. 157. De este *principio* derivam, por uma parte, a ‘*confianza e fé*’”.

Na contratação, a ausência de dolo faz com que o contrato, nesse sentido, tenha validade, eficácia, e possa subsistir no mundo das obrigações. Pothier¹⁴² conceitua o dolo assim: “Se llama dolo toda especie de artificio de que uno puede servirse para engañar a outro; Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam” (L.I,§ I,D. de Dol.). Prossegue, esclarecendo que “quando alguém contrata sob dolo de outro, o contrato é viciado, não é absolutamente ou essencialmente nulo, pela razão de que não deixa de ser um consentimento; mas a parte prejudicada pode, dentro dos 10 (dez) anos seguintes (refere-se ao Direito francês), rescindi-lo por ofensa à *Boa-fé* que deve reinar nos contratos”. Insiste na sinceridade de propósito que deve orientar as partes nos negócios jurídicos:

En el fuero interno, se debe mirar como contrario a esta buena fé, todo lo que se separa, por poco que sea, de la sinceridad más exacta y más escupulosa: el simple disimulo acerca de lo que concierne a la cosa que há sido objeto del negocio, y que la parte con quien yo contraté tenía interés en conocer, es contrario a esta buena fe; puesto que, si tenemos mandado el amar a nuestro primo como a nosotros mismo, menos podremos ocultarle nada que no hubiéramos querido que se nos ocultasse, caso de encontrarmos em su lugar.

Como se percebe pelas razões de Pothier, há influência do Direito Romano na

¹⁴¹VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Alemán*, 1947. p. 157. v. II. 1. Los Hechos Jurídicos.

¹⁴²POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947. p. 28 - 29.

Boa-fé do Código de Napoleão: “*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” – “Os preceitos são estes: viver honestamente, não ofender a outrem, dar a cada um o que é seu – D.1,1,10,1 Ulpianus I regularum”.¹⁴³

Sob outro enfoque, a *Boa-fé* do Código Civil alemão (BGB), consoante a análise de Roberto Mangabeira Unger¹⁴⁴, foi utilizada para reavaliar os contratos durante a República de Weimar, cujos valores haviam sido praticamente anulados em face da hiperinflação no início da década de 20. Diante disso, entende que havia motivo favorável a “interpretações construtivas” da parte do judiciário de então.

Luiz Díez-Picazo¹⁴⁵ diz que o parágrafo 242 do Código Civil Alemão e, em geral, o *Princípio da Boa-fé* atuam “*adjuvandi vel – suplendi vel corrigendi*”.

No Direito alemão¹⁴⁶, na linguagem atual, *treu ou treue* – poder-se-ia traduzir por *lealdade*, e *glauben* – ou *glaube* – por crença (*treu und glauben*) *bona fides* – *Boa-fé*.

Lembra, igualmente, a importância da palavra empenhada, a Idade Média, e a sua luta contra o formalismo. Nesse sentido, com apoio em Calasso, afirma que: “[...] perante a *bona fides*, dominante nas convenções humanas, na Idade Média, bastaria a simples palavra dada para assegurar a sua eficácia (Calasso, *II Negócio Jurídico*)”. Argumenta que a fé juramento “não tem origem romana”.

Justifica, dizendo que: “[...] a *fides acta* seria, assim, fonte de responsabilidade pessoal, usando-se, na sua celebração solene (juramento de honra alemão), de gesto espetacular com a mão ou de aperto de mão. Atopologicamente, é curioso

¹⁴³ SCIASCIA, Gaetano. *Direito Romano e Direito Civil Brasileiro*. Obra citada. p. 38.

¹⁴⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna: Contribuição à Crítica da Teoria Social*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. O referido autor analisa o comportamento das classes sociais e o papel dos juizes na aplicação do direito ao caso concreto, quando a Alemanha se encontrava sob forte inflação: “Uma vez que os próprios juizes provinham, em sua maioria, dessa camada social e compartilhavam do seu ponto de vista e interesses, era de esperar que inclinassem o exercício do seu arbítrio em prol dos interesses da classe média. Foi o que fizeram da maneira mais audaciosa durante a República de Weimar, quando utilizaram a cláusula de *Boa-fé* no Código Civil para “reavaliar” dívidas cujo verdadeiro valor havia sido praticamente anulado pela hiperinflação do começo da década de 20” p. 199.

¹⁴⁵ O prólogo feito por Luis Díez-Picazo. WIEACKER, Franz. *El principio General de Buena Fé*. Tradução de José Luís Carro. Madrid, Espanha: Civitas, 1977. p. 16.

¹⁴⁶ ROCHA, Antonio Manoel da Rocha; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. Coimbra. p. 167. (Coleções Teses).

notar a similitude de simbolismo entre a fides acta romana primitiva, também ritualizada na mão”.

A aplicação da *Boa-fé contratual*¹⁴⁷ “já era o princípio e alicerce da vida jurídica romana, já se fazia sentir, quando protegia aos enganados com *Boa-fé* quando mandava ter-se em conta a *Boa-fé* nos contratos”.

A *Boa-fé* do artigo 1134 do Código de Napoleão¹⁴⁸ “não deriva, diretamente, da tradição romanística. Esta deveria, de fato, levar o intérprete para latitudes dos *bonae fidei* e dos *stricti iuris iudicia*, tal como apareciam no *Corpus Iuris Civilis*”. Prosseguem, ainda, António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro enfatizando que Pothier separa: “[...]a *Boa-fé* em foro interno (relativo a sinceridade) e ao foro externo aquilo que tira abertamente a *Boa-fé*, daí considerado como dolo verdadeiro, bastante para dar lugar à rescisão do contrato”.

Assinalam que Pothier, no ‘Tratado de Compra e Venda’, (ao falar de *Boa-fé*), proíbe não só a mentira, mas qualquer reticência no que o outro tenha interesse em saber. Justifica que a justiça e a equidade, em tal contrato, consistem na igualdade. Exemplifica: No tratado do contrato de locação (1764), lembra as três obrigações: a) nada dissimular ao conhecimento que tenha sobre a coisa locada; b) não locar acima do preço justo; e, c) indenizar o locatário das benfeitorias que tenha realizado.

Do Direito francês, temos um julgado de aplicação da *Boa-fé*. Trata-se de um caso citado por Henri y Léon Mazeaud¹⁴⁹, cujo objetivo era mostrar a distinção de responsabilidade entre o vendedor de *Boa-fé* e o vendedor de má fé, por garantia de vício oculto ocorrido na coisa vendida, no caso um botijão de gás da empresa “Gás e Eletricidade da França”, fabricado no ano de 1941 e que explodiu (no ano

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Idéia de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Revista Forense Universitária, out. 1937. p. 25.

¹⁴⁸ ROCHA, António Manoel da; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 244 - 247. (Coleções Teses).

¹⁴⁹ LOS PRINCIPALES Contratos. In: HENRI; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 310. v. 3. Parte 3. Os referidos autores citam um caso que teve início na Cámara Civil, Sección civil I, de la Corte de Casación, cuja sentença foi prolatada em 21 de novembro de 1954, e foi mais tarde reformada.

de 1949), no momento da recarga, causando a morte do usuário.

O Tribunal confirmou a sentença que obrigava a empresa a reparar, na íntegra, os danos materiais e morais, sofridos pela viúva e a filha, utilizando-se, nestes casos, entre outros, os seguintes argumentos:

[...] que, por su profesión, no podía ignorar "el vicio", deve ser equiparado "al vendedor que lo conociera. La Corte de casación no establece, com esa formula, ninguna presunción legal de mala fé, ni siquiera, en contra de los vendedores profesionales. Afirma solamente que la prueba de mala fé dei vendedor puede hacer-se por todos los medios, por tanto, mediante simples presunciones; y que los conocimientos técnicos dei vendedor profesional son suficientes para establecer el conocimiento dei vicio simple que impliquen que el vendedor no podía ignorar el vicio tal como existía en el caso litigioso.

No direito clássico e moderno romano-germanico as questões de *Boa-fé objetiva*, de há muito, já eram conhecidas, ao passo que, no Direito brasileiro só recentemente foram adotadas.

A *Boa-fé* do Código Civil Italiano de 1865, artigo 1124, provém dos artigos 1134 e 1135 do Código de Napoleão. António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁵⁰ argumentam que: "[...] assim decorreu um período de domínio da exegese do qual resulta, ora um grande desinteresse pela *Boa-fé*, ora a sua contraposição ao dolo, ora, por fim, a afirmação enfática e inconseqüente de que a sua consagração no artigo 1124 visou suprimir a contraposição entre os *stricti iuris* e os *bonae fidei iudicia*".

No tocante ao Direito Português, a justificativa apresentada por António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁵¹ sobre a ausência da *Boa-fé* Código Civil Português de 1867 –Código Seabra– tem por ponto de partida: "[...] o positivismo empirista

¹⁵⁰ ROCHA, António Manoel da; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 269.

¹⁵¹ ROCHA, António Manoel da; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 273.

do direito, à época, permeado com os postulados centrais imbuídos de liberalismo” (acrescenta que o Código Seabra é juspositivista, e por conta disso foi considerado como o Código mais puramente liberal).

Assim, argumenta, que nele, impera um jusracionalismo despido da metafísica¹⁵². Prossegue, apontando a característica mais marcante do juspositivismo da época: “[...] a recusa de quaisquer considerandos éticos ou similares, para além do dogma – dada a sua orientação política – da individualidade humana, explicada como fenómeno natural”.

Analisa que Seabra se coloca numa posição muito semelhante à dos redatores do Código de Napoleão, com: “[...] a especificidade de se situar mais longe dos postulados jusnaturalísticos, com aquela capacidade específica que o Direito Natural, no século das luzes, teve de prescindir da Ciência do Direito - numa ocorrência normal, se se tiver em conta o período tardio em que ele trabalhou”. E conclui, justificando que “o jusnaturalismo (jusracionalismo) de Seabra é uma versão liberal e individualista tardia, não teve força para impor a *Boa-fé* grociana de reforço aos contratos”. Daí que “Seabra não menciona a *Boa-fé* no campo das convenções”. Prossegue dizendo que “[...] importante, nesse panorama, é a não-recepção, pela primeira Codificação portuguesa (Código de Seabra), do *princípio* jusracionalista segundo o qual [...] os contratos devem ser cumpridos de *Boa-fé*” como foi vista. A ausência expressa da *Boa-fé*: “[...] torna-se mais clara, ao contemplar-se o art. 402 do Código Seabra: os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei”. Finaliza dizendo que “teve como modelo, quase textual, o artigo 1134 do Código de Napoleão, com a excepção da referência à *Boa-fé*”.

¹⁵²Para refletir sobre a não codificação da *Boa-fé* objetiva no Código Civil brasileiro de 1916, ver o artigo: As Sesmarias no Direito Brasileiro, por Marcelo Caetano: “A colonização portuguesa do Brasil foi caracterizada, no campo jurídico, pela transplantação, pode dizer-se integral, das instituições de Direito público e de Direito privado existentes na Metrôpole”, em SILVA, Clóvis do Couto e, et al. O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 9.

Nesse sentido, Hermann Heller¹⁵³, critica o individualismo nascente no século XIX que fez do Estado a realidade moral. Justifica que a redução do direito ao espírito do povo democrático - nacional acarretou como consequência uma restrição da lei jurídica universal[direito natural]. Recorda que:¹⁵⁴ “[...] a época que se seguiu à quebra do Direito Natural caracterizou-se por uma incapacidade de *princípio* para compreender a questão da justificação do estado, e, com razão, para contesta-lo satisfatoriamente”. Conclui, assinalando que os mais sólidos *princípios* da opinião pública são constituídos por *princípios* jurídicos que o legislador traduz em preceitos jurídicos positivos e que o juiz utiliza como regras interpretativas do direito positivo.

No mesmo assunto, Clóvis do Couto e Silva¹⁵⁵ se refere à “[...] contribuição da segunda escolástica”, “[...] escolástica dos espanhóis, ao colocar a “*res*” no centro do ordenamento; uma visão patrimonialista conduz e domina o sistema, sendo que a justiça que interessa é a comutativa, a justiça do individual”. Acresce que, com essas afirmações, Paolo Grossi, em notável estudo (*La Proprietà nel Sistema Privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella Formazione dei Diritto Privato Moderno*, Milano 1973. p. 131), demonstra que o “domínio passou a ser o centro do sistema jurídico, e com ele a autonomia, o que constitui uma modificação profunda em face das concepções medievais”. “Pois foi essa transformação que influiu decisivamente para o crescimento da moderna dogmática através de Hugo Grocio e sua escola, sobretudo quanto à teoria dos atos jurídicos (Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius von Versprechen*, Köln Graz, 1959, p. 45 e segs.)”. Conclui assinalando que “é certo que essa Escola deu lugar, em outros aspectos, a uma concepção mais estrita do direito, e dificultou, com reflexos até nossos dias, a aplicação do *princípio* da *Boa-fé* em face do valor dado ao dogma da vontade (F. Ranieri, *Rinuncia Tacita e Verwirkung*, p. 121, Padova, 1971)”.

¹⁵³ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São paulo: Mestre Jou, 1969. p. 262.

¹⁵⁴ HELLER, Hermann. Obra citada, 1969. p. 213 - 262.

¹⁵⁵ SILVA, Clóvis do Couto e, et al. O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. Extraído do artigo de Autoria de Clóvis do Couto e Silva, sob o título: O Princípio da *Boa-*

No Direito da Common Law, a obrigação contratual assumida obriga, sempre, segundo a *Boa-fé*, conforme afirma Rene David¹⁵⁶. Acrescenta este autor, que a “Common Law não mandará executar essa obrigação”. Assim, “[...] o que leva em consideração é o prejuízo causado injustamente ao autor pela conduta do réu, que assumiu uma obrigação e cumpriu-a de forma inadequada, ou não a cumpriu: o réu será condenado por perdas e danos”.

Justifica que o “[...] direito contratual inglês foi aperfeiçoado, no século XVI, pela intervenção da equity”. “Esta, sem fazer prevalecer o *princípio* canônico do respeito devido à fé dada (*pacta sunt servanda*), nele se inspirou”.

Fazendo um resumo dos estudos realizados sobre *Boa-fé* no sistema romano-germânico Clóvis do Couto e Silva¹⁵⁷ apresenta a seguinte conclusão:

a) no direito continental, parece haver ficado o *princípio* da *Boa-fé*, ainda no século XIX, no Direito das Obrigações; b) entre os romanistas é conhecida a polêmica que se estabeleceu entre Bruns e Wächter a respeito da *Boa-fé*, tomando como ponto inicial o conceito de *Boa-fé* necessário à aquisição por usucapião; c) foi discutido se, no Direito Romano, o conceito da *Boa-fé* era unívoco, ou se pelo contrário, era conceito análogo; d) foi discutido se o conceito de *Boa-fé* era, direito obrigacional, objetivo, e no Direito das Coisas, subjetivo, como queria Wächter, ou se representava exteriorizações de um só conceito, como afirmava Bruns;

e finalmente, Clóvis conclui que a polêmica estava circunscrita ao círculo dos romanistas, uma vez que, neste campo, entre os civilistas, o objeto da discussão era quase exclusivamente o *princípio* da autonomia da vontade.

fé no Direito Brasileiro e Português. Nnota de rodapé n. 14. p. 51.

¹⁵⁶ DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes 1997. p. 112.

¹⁵⁷ Ver o texto de SILVA, Clóvis do Couto e, et al. O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43. A respeito da discussão entre Bruns e Wächter indica como referência em nota de rodapé de n. 6: Corradini, *Il Contributo della buona Fede e la Scienza del Diritto Privato*, Milano, 1970. p. 113, 119.

Conforme J. M. Carvalho Santos¹⁵⁸, no Direito Americano, a *Boa-fé*, e a expressão *de Boa-fé* (*in good faith*): “[...] em seu sentido específico da lei de títulos negociáveis e de fraude, significa o não conhecimento de direitos contrários ou de circunstâncias que levariam um homem prudente a averiguações quanto à existência de tais direitos (Century Dictionary and Cyclopedie, art, Good faith)”. Prossegue, citado autor, informando que a expressão equivalente, *bona fide*, é usada ainda no direito norte-americano para significar “ato feito sem fraude ou sem conhecimento ou notícia de algum engano ou inconveniência, em contraposição a um ato feito maliciosamente, com má fé, fraudulentamente, ou com conhecimento de fatos anteriores tornado nulo em questão”.

Para o entendimento da *Boa-fé* – nos contratos de compra e venda, é relevante considerar com as seguintes situações:

a) “comprador de *Boa-fé* (*bona fide purchaser*, em direito é aquele que comprou bens (móveis ou imóveis) sem conhecimento de direitos contrários e pagou todo o preço antes de ter tal notícia ou que desconhecia quaisquer circunstâncias que tornassem prudente inquirir se existiam direitos adversos”; b) no tocante a posse, “se louva, no Bouvier’s Law Dictionary (1934, Cleveland), no artigo *Bona fide possessor*, que nesta, exige-se na conceituação de *Boa-fé* o desconhecimento de circunstâncias que levariam um homem prudente a negligenciar”; e c) genericamente, com respeito a *Good faith*, citando o mesmo dicionário - Bouvier’s Law Dictionary (1934, Cleveland, conclui que a conceituação de *Boa-fé* entra o desconhecimento das circunstâncias acima referidas. Mas conclui que tais circunstâncias, embora conhecidas em determinado caso, não induzem presunção absoluta de má fé, com a justificativa de que o indivíduo poderá justificar-se mostrando o justo motivo por que não procedeu a averiguações. Assim, para eles *Boa-fé* é não prejudicar a outrem e não violar a lei. No Direito americano, a presunção de *Boa-fé* é a presunção legal que só cede diante de prova em contrário (Bouvier’s Law Dictionary (1934, Cleveland).

¹⁵⁸ SANTOS, J. M. Carvalho. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi. 1947. p. 77. v. 6.

Roberto Porto Macedo Junior¹⁵⁹ considera o conceito de *Boa-fé*, como:

[...] um dos mais controvertidos dentro do direito privado atual, comportando diversas definições, o que torna um conceito muitas vezes problemático. Dentre os significados possíveis mais comuns há os de: razoabilidade, lealdade, justiça, '*fair conduct*', '*reasonable standards of fair dealing*', decência, comportamento decente, sentido ético comum, solidariedade, lealdade e padrões comuns de justiça.

Traz notícias da *Boa-fé* segundo a teoria relacional, nos seguintes termos: "A *Boa-fé* tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais".

"Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou vantagem e dependência em razão da confiança (*reliance*), mas também a reciprocidade, a implementação, modo planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança (*trust*), a função integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social." "Conforme aponta Reiter: 'A teoria dos contratos relacionais oferece regras sobre contratos num nível geral que a *Boa-fé* exige, permitindo tanto a elaboração de regras mais específicas para áreas especializadas em termos das mesmas normas, mas aplicáveis para cada especialidade' - (B. J. Reiter, "Good Faith in Contracts, p. 726)."

c) A *Boa-fé* antes do Código de Defesa do Consumidor

Antes do Código Civil de 1916, a idéia de contratação não estava ligada, como agora, à idéia de proteção do consumidor.

Anacleto de Oliveira Faria¹⁶⁰ dá com muita simplicidade, clareza e objetividade a

¹⁵⁹ MACEDO JÚNIOR, Roberto Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 229 e seguintes. Além disso, aponta quatro pontos importantes que a *Boa-fé* possibilita no direito contemporâneo: a) o direito torna-se social; b) há uma concreta distribuição de poder; c) permite uma visão mais ampla do liberalismo; e d) a *Boa-fé* serve como mecanismo de solidariedade.

¹⁶⁰ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 358, seguintes.

exata noção de como alguns autores europeus de nomeada passaram para os países da América do Sul o conceito de autonomia da vontade e liberdade contratual. Vejamos.

Comentando Savatier, assim se expressa: “[...] era tão bela e tão simples a noção de contrato no Código Civil (o art. 1304 do Código de Napoleão”. Rendia-lhe homenagem ao dizer que as convenções legalmente formadas tornavam-se a lei vigente entre as partes; e assim afirmando, o Código elevava, ao mais alto grau, a liberdade humana, criadora do Direito. Tal entendimento passava a idéia de que o contrato era sempre justo – porque querido pelas partes. Prossegue Anacleto De Oliveira Faria: “[...] em face disso, Fouillé e Kant concluíram: [...] quando alguém decide alguma coisa com relação a outrem, escreveu o filósofo alemão, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça; mas toda a injustiça é impossível, quando esse alguém decide para si mesmo” - toda justiça, afirmou o pensador francês, é contratual; quem diz contratual, diz justo.

Igualmente, cita Paul Robier, para quem “todas as idéias que estão na base da filosofia individualista conduzem a colocar em primeiro lugar o papel da vontade e do contrato”. “A pessoa humana é considerada mestra de seu destino e é pela ação de sua vontade que seus direitos deverão ser regulados. Considera-se que nada pode corresponder melhor a um ‘direito justo’ que aquele que foi aceito pela vontade: ‘C’est juste par ce que cela a été voulu’ “.

Por fim, Anacleto de Oliveira Faria, numa posição inversa, a posição de Rippert: “se um dos contratantes pode impor sua vontade e o outro é obrigado, por necessidade, a aderir, sem maiores delongas, o contrato não é senão a lei do mais forte”, fato igualmente confirmado por Gaston Morin: “ao regime da liberdade contratual, sucede, de fato, o da ditadura dos patrões e das companhias poderosas, impondo um regulamento à multidão dos fracos”.

Assinala que não é de se estranhar que a *Boa-fé* do Código Civil (1916) tem sentido de interpretação apenas, não de regra de conduta. O fato é que antes, o sentido da vontade, no contrato, tinha conotação individual¹⁶¹, e a proteção dos

¹⁶¹ LOS PRINCIPALES Contratos. In: HENRI Y; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean **Lecciones de Derecho Civil**. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974. p. 311. v..3. Parte 3. “Os redatores do Código Civil, respeitosa da liberdade e da vontade do indivíduo, afirmaram o

direitos das partes, após a contratação, estava limitada ao vício redibitório, à evicção, ao erro¹⁶² e às nulidades. Estas eram, em geral, as possibilidades de discussão do negócio¹⁶³ jurídico.

A teoria da base do negócio complementava o rol de mencionadas possibilidades. Nesse sentido, Pontes de Miranda¹⁶⁴ (genericamente negava a aplicação da *Boa-fé*¹⁶⁵ por falta de dispositivo legal expresso – mandava aplicar o artigo 85 do Código Civil), revela a posição da doutrina, sobre a casuística da equidade e da *Boa-fé*: “As teorias que se atêm à equidade ou à verificação da *Boa-fé*, além de serem casuísticas e terem o defeito de deixar ao arbítrio do juiz o exame, são perturbadoras”. Sua crítica é com a subjetividade com que o assunto da *Boa-fé*, até então, era trabalhada. Justifica, ainda, que “as teorias que se fundam na equidade ou na atenção à *Boa-fé* levam à casuística e ao arbítrio do juiz, ainda

princípio da autonomia da vontade, em virtude da qual, por uma parte, em princípio, ninguém pode ser obrigado senão por sua vontade (as obrigações extracontratuais são a exceção); por outra parte, cada qual é livre para contratar. A autonomia da vontade se fundava sobre uma suposta igualdade dos contratantes, que, no curso do século XIX, se revelou que era um engano, por permitir o domínio do mais fraco pelo mais forte. O legislador interveio para reestabelecer esse equilíbrio, regulando as cláusulas dos contratos de adesão, dirigindo os contratos. Em algumas ocasiões intervindo inclusive no cumprimento do contrato, dispensando o devedor de realizar seus compromissos. O estado tem retringido a liberdade contratual por outra razão: porque quer dirigir a economia. As medidas adotadas com esse fim têm sido particularmente numerosas nos períodos de guerra, para assegurar a integração de muitos produtos”.

¹⁶² Andreas von Thur assinala que a “proteção da *Boa-fé* constitui um caso particularmente importante em que a lei toma em consideração o erro”. In: **Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Alemán.** Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947. p. 150. v. 2. Los Hechos Jurídicos

¹⁶³ RODRIGUES, Silvio. Do Erro – Do Dolo. In: _____. **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [19--]. p. 100 e seguintes. Observa que o Código Civil prestigia a *Boa-fé*, mas adota como critério de aplicação da justiça o erro.

¹⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 226. Tomo XXV. Parte Especial. No Tomo XXV. Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de Extinção. Nesse sentido, apresenta três hipóteses de solução, e comenta. A primeira: “No tribunal Superior de Colônia, na Zona Britânica do após-guerra, a Alemanha quase somente cogitou do elemento da *Boa-fé*. Despregou-se da teoria da Paul Oertmann para cair na casuística dos julgamentos em cada caso, invocando o § 242 do Código Civil Alemão. Se os resultados do cumprimento do contrato seriam contra a equidade e a *Boa-fé*, a intromissão do juiz na relação jurídica é permitida. Ora é a resolução que se impõe, ora a total liberação do devedor, ora a diminuição do importe, ora o adiamento, ora a revisão do contrato”; na segunda afasta questões de erro para buscar conhecer a vontade dos declarantes. Sustenta essa solução, com fundamento nos artigos: 85 do Código Civil e 130 e 131 do Código Comercial”; e sobre a terceira solução explica: “[...] nem no erro, nem na interpretação retificadora, consoante pensam H. Titze (Vom Sogenannten Motivirtum, Festschrift für E. Heymann, 85) A von Tuhr, Plum e outros”. Justifica. “Fogem aos caminhos mais fáceis do sistema jurídico. Anulabilidade por erro não há; mas há a interpretabilidade segundo a intenção do mutuante e do mutuário que era o adimplemento pela prestação do mesmo valor recebido” [...] “Quando alguém se equivoca a respeito da prestação que promete muito acima da contraprestação, ou aceitou contra-prestação muito inferior à prestação que prometeu, há erro essencial”.

¹⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 226 – 227. Tomo XXV. Parte Especial. No Tomo XXV. Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de Extinção. Com razão, Justificava assim: “Observe-se porém, que o elemento da *Boa-fé* de modo nenhum bastaria. Não temos regra jurídica que corresponda ao § 242 do Código Civil alemão e no próprio direito alemão é demasia entender-se a incidência do § 242 às espécies de que nos ocupamos. A investigação da vontade dos figurantes nada tem, a rigor, com a equidade e a *Boa-fé*. Se nos atemos ao direito brasileiro, a regra jurídica do artigo 85 do Código Civil é regra de interpretação dos atos jurídicos, como as dos artigos 130 e 131, incisos 1 e 5, do Código Comercial”.

que o não digam, ou pretendam evitá-lo”.

A propósito da teoria da base do negócio jurídico, Pontes de Miranda¹⁶⁶ assim se manifesta: “[...] a teoria da base do negócio jurídico atribui ao silêncio do figurante que não recusou a representação mental do outro ser manifestação de vontade consentinte” [...] “Sabe-se que é de mister o consensus, se o negócio jurídico é bilateral”. “Não se pode querer que a representação de um figurante seja comum se o outro figurante, ou por manifestação de vontade expressa, ou tácita, não fez a sua. “Para que a decepção seja para todos, é preciso, logicamente, que todos tenham partido do que se teve como essencial”. Exemplifica:

a) sabendo B que A procura loja de esquina, no bairro de Copacabana, para montar açougue, escreve a A dizendo-lhe que a loja que tem é própria para isso; sobrevem lei que proíbe açougue na rua em que está a loja; b) A comunica a B que precisa fornecer à firma C certa mercadoria de fabricação de B e quer contrato de x peças, por mês, até 50 x, e acontece que C, no segundo ano, abre falência (é questão de interpretação saber-se se a alusão ao negócio jurídico com C entrou, ou não, no conteúdo do negócio jurídico entre A e B).

Complementa: “Os problemas ligados à superveniência de guerra, terremoto ou inflação são da mesma natureza, posto que possam circunscrever à falta de equivalência das prestações recíprocas”.

A questão da proteção da parte mais fraca em razão da alteração das bases do negócio é posta por Enneccerus¹⁶⁷ também no sentido de proteção à parte mais fraca (a questão da alteração da base do negócio é posta por ele como equivalente da cláusula rebus sic stantibus¹⁶⁸). Prossegue afirmando:

¹⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 226 – 228. Tomo XXV. Parte Especial. Tomo XXV. Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Doação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.

¹⁶⁷ NACIMIENTO, Extinción y modificación de los derechos subjetivos-pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos In: ENNECCERUS, L.Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 2. ed. Revisão de Hans Carl Nipperdey. Tradução de Blas Pérez González; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950. p. 236 e seguintes, aos cuidados de José Puig Brutau.

¹⁶⁸ Assim, prossegue ENNECCERUS. Obra acima mencionada: “Quedan fuera de la regulación expresa de la ley los casos de desaparición de la base del negocio como consecuencia de la alteración de las circunstancias (cláusula rebus sic

Uma má avaliação do negócio, ou que não tenha contribuído sob qualquer forma para a mudança significativa das bases do negócio anteriormente realizado, assim: o sea la inexacta representación de la existência, subsistencia o llegada de una circunstância, que era determinante para la declaración de voluntad, o sin la qual la declaración de voluntad no hubiera sido emitida o no lo hubiera sido de ese modo – puede ser um error sobre la base dei negócio.

Justifica sua posição amparado na *Boa-fé*;

Se da un erro digno de atención sobre la base del negócio cuando se trata de circunstancias cuya diversidad con relación a las que han sido representadas tienen que alterar entre partes contratantes de buena fe la existencia dei negocio, de modo que obraría contra la buena fé la parte que, a pesar de ello, quisiera sujetar a la outra al negócio (§ 157).

Clóvis do Couto e Silva¹⁶⁹ assinala que a importância da “descoberta” da “quebra positiva” do contrato (base do negócio), reside em que, por meio dela, começa a grande transformação da relação obrigacional, admitindo-se a existência de deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal. A “fonte” legislativa desses deveres, no Direito Germânico, é precisamente o § 242 do BGB.

Assim, a *Boa-fé*, anteriormente ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor, além de outras questões, tratava mais de assuntos relativos a teoria da

stantibus). In: NACIMIENTO, Extinción y modificación de los derechos subjetivos-pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos In: ENNECCERUS, L.Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**. 2. ed. Revisão de Hans Carl Nipperdey. Tradução de Blas Pérez González; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950. p. 238.

¹⁶⁹ SILVA, Clóvis do Couto e, et al. no artigo: O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 48 - 49. Clóvis do Couto e Silva, traz a seguinte contribuição de John P. Dawson: “[...] que a jurisprudência germânica começa a libertar-se de uma concepção estrita do princípio da separação dos poderes, com a aplicação sempre mais ampla do § 138 do BGB aos aludidos contratos-mordaca, entendendo-os contrários aos bons costumes, muito embora não houvesse previsão específica para esse tipo de modalidade. Todo contrato em que o outro contratante era *escravizado* é negócio jurídico nulo por ser contra *bonos mores*. Mais tarde, nos tempos da grande inflação ao redor de 1920, começou-se a falar no desaparecimento da base do negócio jurídico, outra importante criação da doutrina que se refletiu na jurisprudência”. p. 49.

imprevisão, abuso de direito, como se viu acima.

A *boa-fé* buscava na *eqüidade* e em outras idéias gerais, o argumento necessário para quebrar a força obrigatória dos contratos. Para Orlando Gomes, o *princípio* da Boa-fé pende¹⁷⁰ mais com a interpretação do contrato que para a sua estrutura. Por ele, significa que o sentido literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração da vontade, ou dela inferível. Diz que resulta disso, que o Direito Moderno não aceita o que os romanos chamavam de direito estrito, cuja interpretação deveria ser feita literalmente. Cumpre ressaltar que Orlando Gomes já vislumbrava¹⁷¹ o interesse social de segurança das relações jurídicas no *princípio* da Boa-fé. Para tanto, justificava que segundo o Código Civil alemão as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas, isto é, proceder de boa-fé. Lembra, ainda, citando Demogue, de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato.

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1971. p. 44.

¹⁷¹ GOMES, Orlando. Obra citada, 1971. p. 44.

CAPÍTULO II – A BOA-FÉ NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA - *PRINCÍPIOS E NORMAS*

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor, embora tenha objetivamente considerado, em duas oportunidades a Boa-fé objetiva, como se viu acima, em nenhuma delas expressou o conceito de Boa-fé. Em razão disso, e para uma melhor compreensão do objetivo desta pesquisa foi necessário buscar o conceito e as espécies que a doutrina apresenta.

1. Especificidades da Boa-fé

1.a) Espécies de *Boa-fé*

A *Boa-fé primitiva* é classificada em três espécies por Antônio Manoel da Rocha e Meneses Cordeiro¹⁷²: por primeiro, a “Fides Sacra” esta “[...] contida na Lei das XII tábuas, e se destaca, ao cominar sanção religiosa contra o patrão que defraudasse a fides do cliente”. Lembra que a deusa fides levava na sua mão direita o símbolo da entrega e da lealdade. A *fides* era manifesta nos poderes, e nas limitações destes ao “pater”. Por segundo, a “Fides fato”, assim apresentada por estar despida com relação religiosa ou morail. Está ligada à noção de garantia, associada a alguns institutos, como o da clientela. E por último, a “Fides ética”, na qual a “garantia” expressa pela fides reside na qualidade de uma pessoa. Ganha, por isso, conotação moral. Esta *fides* é mais que um mero fato, implica num sentido de dever, mesmo quando não recebida pelo Direito.

¹⁷² ROCHA, Antônio Manoel da; CORDEIRO, Menezes. *Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 55.

1.b) Categorias de *Boa-fé*

Outros preferem elevar¹⁷³ a *Boa-fé* à categoria de “*parágrafos-reis*”, *cláusulas gerais*, sob o argumento de que estas formam um contrapeso ao *princípio* da liberdade contratual. No que exageram, em certos casos, aqueles que querem superar o positivismo jurídico mediante um certo ilustrado positivismo social, sob as justas restrições¹⁷⁴ de Wieacker.

Dos diversos conceitos existentes de *Boa-fé* na doutrina é possível distinguir três categorias. A primeira, daqueles que têm na *Boa-fé* um critério; a segunda, dos que a vêem como um preceito (*Boa-fé* objetiva); e a terceira, daqueles que a compreendem como parte do Direito natural, ou um *princípio de Direito*.

Considerando que a *Boa-fé* é a base do Direito das Obrigações, sendo de longa data o debate de sua aplicação no ato jurídico, Helita Barreira Custódio¹⁷⁵ lembra as quatro categorias de *Boa-fé* que faz Emílio Betti partindo de sua análise dos dispositivos referentes à *Boa-fé* no Código Civil Italiano:

(Coleções Teses).

¹⁷³ Assim, WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão: Direito das Obrigações*. Tradução de Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983. p. 24. Parte geral.

¹⁷⁴ WIEACKER, Franz. *El Principio General de Buena Fé*. Tradução de Jose Luis Carro. Madrid, Espanha: Civitas, 1977. Las cláusulas generales se entienden como *párrafos regios*. Se hacen orgullosas referencias al pretor romano o al juez inglés. Y resuenan deseos o apetencias de una jurisprudencia de intereses o de un derecho libre. Se olvida de este modo que incluso después de una eventual superación del positivismo, la jurisprudencia há de continuar siendo servidora de la ley y del derecho (art. 20, II G. G.). Y que, además, aún en el supuesto de que posea una libertad mayor, se encuentra vinculada a unos datos que son lógico-materiales y éticos. Y si todavía continuase siendo posible la ilusión, sería provechoso echar una mirada hacia la realidad del jurista, que cada vez más parece concertirse en la “cabeza de turco” de un legislador indeciso y precipitado. En forma algo más moderada se há querido encontrar en las cláusulas generales una válvula para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhala como por diósmosis una fescia ética social de primera mano. Sin embargo, esta tesis y la todavía más audaz que preconiza una permanente “...adaptación de la estructura normativa a las exigencias sociales, encuentran su límite en que precisamente la norma misma – esto es, la medida y la línea directriz de las decisiones-, há de ser incanbiable. Cambiantes, en quanto dialéticamente entrelazados temporal y espacialmente, son sólo los resultados sociales y las exigencias de la justicia en el caso concreto”. (p. 29).

¹⁷⁵ FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 510. Texto escrito por Helita Barreira Custódio. p. 510. Ela menciona as categorias de *Boa-fé* citadas, referidas a Emílio Betti na sua obra *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano, 1953. v. 1, p. 69 e s. Prossegue Helita Barreira Custódio, trazendo as observações que Serpa Lopes e G. Persico fazem sobre as categorias acima: “[...] observa Serpa Lopes a proposta de G. Persico no sentido de reduzi-la a duas: a primeira, a *Boa-fé* consiste numa errônea crença decorrente da ignorância do direito de outrem, podendo ser definida como *Boa-fé* subjetiva; na segunda, compreenderia a *Boa-fé* como atitude do contraente (comportamento leal no tratar um caso ou atitude de efetiva colaboração ao outro), que Betti denomina *Boa-fé* contratual e Persico chama de *Boa-fé* objetiva (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de

- a) Quelle il cui la buona fede viene in considerazione quale atteggiamento della coscienza, preordinata ad una valutazione normativa del comportamento da condursi secondo il critério della correttezza;
- b) Quelle in cui la buona fede viene in considerazione come credenza nell'apparenza di un rapporto qualificante che legittima la controparte a disporre del diritto di cui nel negozio si tratti;
- c) Quelle in cui per buona fede si intende la lealtà del trattare nella conclusione del contratto e la correttezza di contegno a contratto concluso;
- d) Quelle, infine, in cui la buona fede in considerazione vuol dire quale criterio ermeneutico alla stregua del quale deve essere interpretato il contratto.

1.c) Setores da *Boa-fé*

António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁷⁶, considerando a aplicação, repartem a *Boa-fé* “em três setores: a) *Boa-fé* nos contratos consensuais; b) *Boa-fé* na garantia das obrigações; e c) *Boa-fé* e prescrição”.

1.d) A *Boa-fé* e a Escola da Exegese

Pontes de Miranda¹⁷⁷ insiste, por diversas vezes, em que a *Boa-fé* deve estar voltada para o respeito ao direito alheio, - dever de conduta:

Quando se entende que, sobrevindo alguma circunstância, tem o devedor de avisar, salvaguardando interesse considerável do credor, como se a prestação se tornou impossível, ou se tem de ser executado por terceiro, em verdade se atende ao que é querido, nas relações da vida, por todos os

Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v.3. p. 306).

¹⁷⁶ ROCHA, António Manoel da; Cordeiro, Menezes. *Da Boa-fé o Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 184. (Coleções Teses).

¹⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 333. Tomo III. Parte Geral. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Trata da *Boa-fé* no Código Comercial. Na mesma página, Pontes de Miranda, manifesta sua opinião acerca da aplicação da *Boa-fé* do artigo 131, inciso I do Código Comercial, se expressando assim: “Não pode o juiz inserir o que para ele é o sentido da equidade, nem dar maior valor a certos interesses, que a ele, pessoalmente, parecem mais altos”. Justifica com o artigo 131, inciso I do Código Comercial: “O artigo 131, inciso I, acertadamente fala de inteligência simples e adequada, que seja mais conforme à *Boa-fé*, tornando a

credores, e o próprio devedor, se no lugar dele estivesse, o teria querido.

Da jurisprudência colhe os seguintes exemplos: “Se há cláusula de alguma prestação em caso de resolução do contrato, por inadimplemento, ou não, é regra de *Boa-fé* que se não entenda ter havido estipulação de tal prestação se a resolução resultou de culpa daquele a quem deveria ser paga – (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de outubro de 1943, R. dos T., 147, 671)”; “nas relações da vida, de que nasçam atos jurídicos, há de ser preferida a interpretação que evite que um dos figurantes sofra muito e o outro nada sofra, ou tire proveito (Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de maio de 1934, R. dos T., 93, 124)”.

O método fundamental propugnado pela Escola da Exegese, para António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁷⁸ consiste “em ligar à Lei escrita todas as soluções que se venham a apresentar”.

Atribuindo a decadência do instituto da *Boa-fé* à Escola da Exegese, concluindo que esta passou por quatro fases:

[...] a primeira de 1804 a 1830. Período de instalação da Escola, creditando o sucesso ao esforço de Delvoncourt; a segunda marca o apogeu da referida Escola. Este, do ano de 1830 a 1880: contribuíram para tal sucesso, a produção científica de: Durantón, Aubry e Rau; Demolombe, Laurent, Marcadé e Troplong; a terceira fase fixada por Bonnecase – vai de 1880 a 1900, mas que poderia ser prolongada até o primeiro pós-guerra – é marcada pelo declínio da Escola da Exegese. As vãs tentativas de superar tal fase são de: Baudry-Lacantinerie, Bufoir, Huc e Saleilles; a quarta e última fase, apesar da autoconsciência metodológica contrária crescente, é marcada por nomes como o próprio Bonnecase, Colin e Capitant, Mazeud e Mazeud, de Page e Planiol e Ripert.

Boa-fé elemento para se saber qual o conteúdo daquilo que foi querido”.

¹⁷⁸ROCHA, António Manoel da; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 252. (Coleções Teses).

Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, concluem demonstrando a diferenciação global das quatro fases, resumindo-as do seguinte modo: “partiram da anotação explicativa simples; daí passa-se ao desenvolvimento monográfico das rubricas; chega-se às tentativas de reagrupamento e acaba-se num evoluir paulatino dos temas através da consideração jurisprudencial de certos problemas”.

Vera Maria Jacob de Fradera¹⁷⁹ mostra que na superação da metodologia da Escola da Exegese pela Pandectista ainda permaneceram resquícios de uma inexata compreensão do mundo jurídico, como algo fechado, “com os conceitos não perfeitamente definidos – principalmente os de natureza ética”. A superação dessa imprecisão ela considera ter sido suprida pelos parágrafos 157 e 242 do Código Civil Alemão (BGB), “com a criação ou compreensão científica dos deveres secundários ou anexos, aproximando o conceito de relação obrigacional vigente no Direito Germânico com o da Common Law”.

Clóvis do Couto e Silva¹⁸⁰, igualmente, “vê a importância do *princípio* da *Boa-fé* relacionado com o da autonomia da vontade”. Diz que no “século XIX o *princípio* da autonomia da vontade foi o mais importante e o conceito de *pacta sunt servanda*, o seu corolário necessário”.

Conclui “que a restrição ao *princípio* da *Boa-fé* deveu-se ao predomínio absoluto do voluntarismo jurídico, da obediência ao direito estrito, da metodologia da Escola da Exegese”.

Na prática, para Clóvis do Couto e Silva, “os juristas da época, da Escola da Exegese, não deram aplicação expressiva ao art. 1.135”. As causas foram: “a metodologia própria dos comentadores do Código Napoleônico, e a doutrina da separação dos poderes professada por Montesquieu que reduziu em muito, o

¹⁷⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. PORTO Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 36 - 37.

¹⁸⁰ Texto de SILVA, Clóvis do Couto e, et al. sob o título: *O princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português*. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980. p. 44. Complementa, argumentando que a superação da “[...] metodologia da Escola da Exegese pela Pandectística, com suas concepções sistemáticas” mas mantendo “uma inexata compreensão do princípio da separação dos poderes” levou à noção do “mundo jurídico como algo fechado, dimensão própria à aplicação do raciocínio axiomático. Os conceitos não perfeitamente definidos – principalmente os de natureza ética como o da *Boa-fé* – não foram aplicados, resumindo-se a comentários superficiais e lacônicos, a respeito do seu

poder criador da jurisprudência”.

No Brasil, assinala o mesmo autor (obra acima mencionada p. 60 / 61), “o *princípio* da *Boa-fé* não foi acolhido no Código Civil, talvez porque os autores não tivessem apreço ao *princípio* ou ele deveria ser considerado um reforço a uma simples regra de interpretação”. O fato é que, segundo ele “os juristas brasileiros não deram importância e valor às cláusulas gerais. Assim aconteceu com Clóvis Beviláqua, e, depois , com Eduardo Espínola”.

Harriet Chrisytiane Zitscher¹⁸¹ mostra que o “BGB não recebeu todas as idéias pandectísticas como a *laesio enormis*, a cláusula *rebus sic stantibus* e a *actio injuriarum*”. “Todas elas reentraram, pelo menos em parte, no direito civil por meio de desenvolvimento da jurisprudência”. Justifica dizendo que “como o fim do Código era unificar e não reformar, também não incorporou o instituto, recém-desenvolvido por Rudolf von Jhering (1861), da culpa *in contrahendo*”.

1.e) A *Boa-fé* Crença-Lealdade(Bürgerliches Gesetzbuch)-BGB-Código Civil Alemão

Conforme assinala Antônio Junqueira de Azevedo¹⁸², o BGB surgiu quase cem anos depois do Código Civil Francês, quando já começavam a se desfazer muitas das ilusões do liberalismo do século XIX.

Com muita clareza, apresenta do seguinte modo os aspectos diferenciadores da manifestação da vontade e o negócio jurídico no BGB e no Código de Napoleão: “Na Alemanha, a autonomia da vontade conservou sempre o aspecto de um

significado”. Não é objeto deste trabalho, mas seria interessante conhecê-lo em relação ao Brasil.

¹⁸¹ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Colaboração de Marco Antônio Schmidt e outros Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 95.

¹⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 88, 89, 90, e 96. Complementando: “[...] parece que os autores do Código Civil Francês se aperceberam do problema da divergência entre a vontade real e a declarada. Por seu lado, no Código Civil alemão, como bem demonstrou Saleilles, houve concessões a ambas teorias; por exemplo, no ato simulado, a prevalecer a teoria da declaração, deveria, obviamente, ser válido e eficaz, pelo menos em face dos terceiros de *Boa-fé*, e, no entanto, como regra de princípio é nulo (§ 117, do BGB), o que representa enorme concessão à teoria da vontade [...]” p. 90 - 91.

princípio filosófico, discutível como todos os *princípios* dessa natureza”. Em França – diz:

[...] ao contrário, a onipotência da vontade ultrapassou o estágio da filosofia pura para atingir o grau de verdadeiro *princípio político*, que, com a Revolução Francesa, se enriqueceu de uma significação concreta e positiva, na medida em que, precisamente, o voluntarismo foi um instrumento de luta contra as antigas estruturas feudais corporativas.

Sua posição é no sentido de que “o direito alemão adotou a teoria da declaração e dá mais relevância aos aspectos sociais e à segurança do comércio jurídico”. Conclui, asseverando que os códigos admitem a “[...] existência de dois elementos no negócio jurídico, a vontade e a declaração, divergindo somente quanto à prevalência de um e de outro – ora, não há dois elementos, mas apenas um, e esse é a declaração de vontade”.

No B.G.B, a *Boa-fé* é empregada de dois modos. Tal distinção é trazida assim de von Thur por J. M. Carvalho Santos¹⁸³. Para “apreender bem a diferença entre ambos os conceitos, basta considerar o exemplo de possuidor de *Boa-fé* (crença) em contraposição ao devedor que cumpre suas obrigações de *Boa-fé* (lealdade, honestidade) (von Thur). [...] Quando se refere à interpretação dos contratos e ao cumprimento das obrigações o faz no sentido de *treu und glaupe* (arts. 157, 162, 242, 320, 815)”. “Quando se refere à convicção, à honradez subjetiva, de que é por exemplo o possuidor de *Boa-fé*, o faz no sentido de *guter glaupe* (arts. 932, 937, 955, 957, 1121[...])”.

Tratando do conteúdo do crédito Ludwig Enneccerus¹⁸⁴ assinala que:

¹⁸³ SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio De Janeiro: Borsoi, 1947. p. 67. v. 6.

¹⁸⁴ DERECHO de Obligaciones. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Undécima revisión por Heinrich Lehmann. Taduccion de la 35. ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez Gonzáles; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. p. 19. v. 1. Doctrina General. Tomo II.

De la disposición del § 157, que establece fundamentalmente el *que* de la pretestación (el contenido de la deuda) y del § 242 que regula el *como* de la prestación (la manera de la prestación) la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido como *principio* supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente.

Afirma Enneccerus¹⁸⁵ “que a *Boa-fé* proíbe que se cometa abuso com pretensões jurídicas formal ou aparentemente fundadas”. Assim, a *Boa-fé* impõe deveres positivos e negativos às partes. Diz que “a *Boa-fé* quer proteger o devedor contra exigências impertinentes que se choquem contra o direito e a equidade”. De outro lado, “o § 242 vem também a favorecer o credor protegendo-o contra a conduta do devedor que viole a *Boa-fé*, e cita, como exemplo, o pagamento feito após o vencimento”. Diz, ainda, referido autor que a *Boa-fé* pode resultar num dever de prestação mais amplo que o conteúdo fixado no contrato ou na lei. Exemplifica:

O que promete entregar um cavalo, para o mês seguinte, não está obrigado unicamente a entregar conforme o pactuado: a) deve evitar tudo o que possa frustrar ou pôr em perigo a entrega do animal, fazendo-o trabalhar excessivamente; b) deve adotar medidas positivas para preservar a prestação, como por exemplo alimentar o cavalo.

Como exemplo negativo, cita o caso de alguém que dá ao vizinho o direito de passagem, caso em que, agindo com *Boa-fé*, “[...] assume a obrigação de adotar todas as medidas positivas para que possa exercer o referido direito, por exemplo:

¹⁸⁵DERECHO de Obligaciones. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**. Undécima revisión por Heinrich Lehmann. Traducción de la 35. ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez Gonzáles; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. p. 19 - 20. v. 1. Doctrina General. Tomo II.

não fechar a porta com chave de modo a permitir que o vizinho passe sempre que necessite ou deseje”. Conclui assinalando que em razão da *Boa-fé*

[...] podem resultar como obrigação ao devedor, certos deveres secundários especiais de: notificar ou comunicar ao credor um fato de interesse para o mesmo ou para a conservação de seus interesses, cujo incumprimento podem resultar além de pretensão a indenizações, às vezes pode importar em prescrição ou perda do direito.

Clóvis do Couto e Silva¹⁸⁶ alerta: “[...] o § 242 do BGB, no pensamento dos autores do Código Civil Alemão, não confere poderes extraordinários de criação jurídica, semelhante moderno do pretor romano”. “Nada mais inexato: o § 242 não significa outra coisa senão mero reforço ao § 157, no qual determina a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a *Boa-fé*”. Não se pensou de nenhum modo atribuir ao juiz a função fundamental de criar o direito, muito embora expressasse a regra de que: “[...] o devedor é obrigado a realizar a prestação do modo que o exige a *Boa-fé* levando em conta os usos do tráfico”.

Assinala que “não era um dispositivo posto dentro do ordenamento com a finalidade de legitimar a criação jurisprudencial, sobretudo para reduzir os rigores da aplicação do direito estrito”. Adverte, com razão, o mesmo autor (obra acima mencionada p.64), que “a criação do direito, com base na concretização de *princípios* éticos, exige um trabalho conjunto dos juízes e juristas cabendo a estes últimos o exame crítico da fundamentação das decisões para que não impere o arbítrio”. Nesse sentido, Wieacker¹⁸⁷ ponderava que “En Francia se lo unió el importante libro de Ripert sobre el elemento ético en los contratos obligatorios. Se teme que se produzca una debilitación del derecho a través de uma laxa y hasta demagógica equidad y se ve en las cláusulas generales una puerta abierta a la

¹⁸⁶SILVA, Clóvis do Couto e, et al. no artigo: O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 46. Clóvis do Couto e Silva esclarece ainda, em nota de rodapé n. 8, que é usual considerar o § 242 como cláusula geral.

¹⁸⁷WIEACKER, Franz. *El principio General de Buena Fé*. Tradução de Jose Luis Carro. Madrid, Espanha: Civitas, 1977. p. 30.

arbitrariedad, y, en particular, al juego de los intereses políticos y de la presión política” .

1.f) A *Boa-fé* Norma Referência

Ronaldo Porto Macedo Júnior¹⁸⁸ entende a *Boa-fé* como uma norma de referência, “[...] a qual os membros de um grupo mantêm suas relações frente aos demais”. E explica: “[...] a *Boa-fé* reporta-se necessariamente a uma comunidade de valores e expectativas compartilhados”.

Como vimos, a *Boa-fé* é considerada na doutrina de diversos modos: “fides sacra”, “fides fato”, “fides ética”. Alguns preferem elevar a *Boa-fé* a categorias de “parágrafos reis” ou cláusulas gerais, classificando a *Boa-fé* em setores, ou em partes, assim consideram a *Boa-fé* nos contratos consensuais, a *Boa-fé* garantia das obrigações e a *Boa-fé* prescrição. Por outros, ainda, é analisada segundo o critério adotado pela Escola da Exegese, ligando a solução de um caso determinado aos ditames da lei. Outros, por sua vez, vinculam à doutrina do Direito Livre, consideram como elementos primeiros da justiça: “*alterum non laedere*” e “*suum cuique tribuere*”.

2. A *Boa-fé* Objetiva - Princípio e Norma

Neste item, tratar-se-á do conceito e da classificação que a doutrina faz de princípio e de norma.

O objetivo é possibilitar uma visão mais ampla dos *princípios* consagrados no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, uma vez que o mesmo, como se

¹⁸⁸MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad,

disse anteriormente, não conceitua nem *princípio* nem *norma*.

2.a). Conceito de *Princípio*

Princípio, termo latino, “*principium*”, pode significar, conforme F. R. dos Santos Saraiva¹⁸⁹, o *princípio* ou começo, fundamento, origem, regra, ou lei moral.

Princípio, para Ernesto Rüppel¹⁹⁰, é a proposição conhecida por si mesma, ou um juízo universal imediatamente evidente (sem meio).

Mencionando Kant, referido autor assinala que o conhecimento que depende da experiência chama-se “a posteriori”, e o conhecimento que não depende da experiência chama-se “a priori”. Finalizando, traz as sete acepções de *princípios*, formuladas por Aristóteles.

Tais acepções são igualmente lembradas por Nicola Abbagnano, conforme segue.

Nicola Abbagnano¹⁹¹ enumera de Aristóteles diversos significados de “*principium*”:

1. Ponto de partida, movimento, por exemplo, de uma linha reta ou de um caminho;
2. O melhor ponto de partida, como por exemplo o que facilita aprender uma coisa;
3. Ponto de partida efetivo de uma produção, como por exemplo a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa;
4. Causa externa de um processo ou de um movimento, como por exemplo, um insulto que provoca uma briga;
5. O que, com a sua decisão, determina movimentos ou mudanças, como por exemplo, o governo ou as magistraturas de uma cidade;
6. Aquilo de que parte um processo de conhecimento, como, por exemplo, as premissas de uma demonstração.

E acrescenta a esta lista: “Causa também tem os mesmos significados, pois todas as causas são *princípios*”. Para a citada autora, “esses reparos de Aristóteles

1998. p. 229.

¹⁸⁹ SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo Dicionário Latino-Português, Etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc.* 10. ed. Rio de Janeiro: Garbier, 1993. p. 949.

¹⁹⁰ RÜPEL, Ernesto. *Ontologia: Seu Metaphysica Generales*. 2. ed. São Leopoldo, RS: Colégio Máximo Cristo, 1949. p. 99, 760. Edição Manuscrita.

¹⁹¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução inicial de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.. p. 792. (reporta-se a Aristóteles (Met., V, 1, 1012 b 32-1013 a 19).

contêm quase tudo o que a tradição filosófica posterior disse a respeito dos *princípios*".

Conclui Nicola Abbagnano¹⁹² dizendo que, Wolff, Baumgarten nada acrescentaram, além de Aristóteles, de que *princípio* é: "[...] o que contém em si a razão de alguma outra coisa".

Em filosofia, *princípio*¹⁹³: "[...] é usado metafisicamente, em referência a uma ordem ideal, e não a uma sucessão real".

O citado autor Admite três modos distintos de usar a expressão: o primeiro, no sentido de existência, causa primeira das coisas; o segundo, sob o ponto de vista lógico, no sentido de oposição postulada no *princípio* de uma alocução a uma proposição; e o último, no sentido normativo, chama-se *princípio* a uma norma de ações claramente representada ao espírito, enunciada por uma súpula.

Outros, filosoficamente, classificam os *princípios* em ontológicos e lógicos¹⁹⁴. Os *princípios* ontológicos referem-se ao ser.

Os *princípios* lógicos¹⁹⁵: "[...] são enunciados, de que deriva o conhecimento de outros enunciados".

Caracterizando as fontes de onde procede a ciência, estes podem ser comuns ou particulares, universais ou particulares. Finalmente, conclui, Nicola Abbagnano afirmando que o "[...] racionalismo crítico (K.Popper, Hans Albert) põe em questão a possibilidade do fundamento último, pois conduziria ao dogmatismo [...] O conhecimento humano é mera conjectura sempre reformável".

Na Enciclopédia Universal Ilustrada – Europeu-Americana¹⁹⁶, o termo *princípio* ganhou uma dimensão mais ampla, mais geral, sendo seu uso trabalhado inicialmente como *Princípios Gerais de Direito*.

¹⁹² ABBAGNANO, de Nicola. Obra citada, p. 792.

¹⁹³ GRANDE Enciclopédia Portuguesa e Brasileira. Rio de Janeiro: Editorial Enciclopédia. [19--]. p. 285. V. XXIII. Ilustrada.

¹⁹⁴ Ver LOGOS: Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. Lisboa, São Paulo: Verbo, 1989. v 4. p. 419, 420, 421.

¹⁹⁵ LOGOS: Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. Lisboa, São Paulo: Verbo, 1989. v 4. p. 419, 420.

¹⁹⁶ ENCILOPÉDIA Universal ilustrada Europeo-Americana. Madrid, Espanha: ESPASA-CALPE, 1958. p. 463. Tomo XLVII.

Sobre o conceito de *princípio*, não estão pacificados os entendimentos.

Para uns, são *princípios de direito natural*; para outros, proposições da ciência do direito. Geny conclui como exemplo desta última¹⁹⁷:

[...] las reglas uiniversales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y de la equidad sociales y atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas, reglas que constituirán como una especie de Derecho universal común, general por su naturaleza y subsidiario por su función, que supla las lagunas de las fuentes formales del Derecho.

Hermann Heller¹⁹⁸ lembra a importância da opinião pública na construção dos valores, isto é, dos *Princípios Gerais de Direito*.

Segundo o referido autor, a opinião pública veio tomar sobre si, em muitos aspectos, a função que na Idade Média, exercia a disciplina eclesiástica, de velar pela moral social e, especialmente, a política, tarefa que os preceitos jurídicos nunca teriam, podido chegar a realizar por sí sós.

Assim, conclui Hermann Heller que os mais sólidos *princípios* da opinião pública são constituídos por *princípios* jurídicos que o legislador traduz, em parte, em preceitos jurídicos positivos e que o juiz utiliza como regras interpretativas do direito positivo.

Para outros, como Nelson Saldanha¹⁹⁹, *princípios* não são valores, embora portem um conteúdo axiológico; e, também, afirma que os valores podem traduzir-se em *Princípios*, dentro das relações entre a dinâmica das normas e os fatores ideológicos ou éticos que as circundam.

Diz, ainda, que *princípios* não são normas, embora se expliquem em função das normas: “[...] eles fundam e informam o surgimento deles, ou são ‘desentranhados’

¹⁹⁷ ENCILOPÉDIA Universal ilustrada Europeo-Americana. Obra citada, 1958. p. 463.

¹⁹⁸ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1969. p. 213.

delas pelo interprete”.

Para referido autor, diversamente das normas e dos valores, os *princípios* são uma construção da hermenêutica. Conclui estabelecendo que existem *princípios* que se acham ligados à estrutura da ordem, e, portanto, ao sistema de fontes. Exemplifica com o chamado *princípio* da legalidade no direito penal, o da oralidade no processo, etc. E continua dizendo que outros usos pertencem ao acervo de noções utilizadas pela interpretação, e exemplifica com o *princípio* da *Boa-fé*.

Outros autores como Sánchez Román consideram como *Princípios Gerais de Direito*, os axioma autores, máximas jurídicas extraídas do Digesto, Decretais, das Partidas etc. O problema é que não é fácil encontrá-los, pois existem *princípios* que logo aparecem, mas outros não, pois são secundários, terciários, por tais motivos exigem um esforço maior para localiza-los. O procedimento, a técnica, o método, para identificá-los podem ser: “Indutivo, que consiste em estudar as disposições da lei ou as decisões jurisprudenciais, referentes uma e outras à mesma situação, assim como seus precedentes, e elevar-se por um ato de reflexão o conhecimento de suas causas ou fundamentos; e o Dedutivo que, partindo dos *princípios* superiores do Direito Natural, dos axiomas sempre admitidos, das regras universais pela razão, os compara com as disposições legais e as jurisprudenciais para determinar quais são as que servem de base a uma ou a outras²⁰⁰”.

Outros, a exemplo de Henry y Léon Mazeaud²⁰¹, entendem que não é necessário regular todas as relações, senão ajusta-lás aos *princípios* que se encontram na razão e no coração de todos os homens.

Nesse sentido, elevam a *Boa-fé* ao conceito de equidade, donde os romanos tiraram a doutrina que moldou sua legislação até hoje.

¹⁹⁹ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 200, 201, 218, 219.

²⁰⁰ Tradução livre do original. Enciclopédia Universal Ilustrada Europea-Americana. Obra citada, 1958. p. 464. (meio da página)

²⁰¹ Cf. OBRIGACIONES: El contrato, La promesa unilateral. In: HENRI; MAZEUD, Léo; MAZEUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora; Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 27. v. 1. Parte 2.

Conceituando “*princípios*”, Silvio de Macedo²⁰², na Enciclopédia Saraiva de Direito, organizada por R. Limongi França, conclui que o termo, *princípio*, tem uma larga utilização nos diversos ramos do conhecimento humano, científico e teológico, e que na linguagem jurídica não assume conotação diversa.

Na Constituição Federal Brasileira, o termo *princípio*²⁰³, logo no Título I, é empregado para indicar, os fundamentos e os objetivos a serem seguidos.

Assim, os artigos 1, e 3 apresentam os *fundamentos*: cidadania, e a dignidade da pessoa humana; e os *objetivos*: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais²⁰⁴ e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Também o artigo 170, Título VII, da Constituição Federal, traça, por sua vez, as linhas mestras da Ordem Econômica. Aqui, o constituinte enumerou (nove) *princípios*, com destaque para a propriedade privada: a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Estes *princípios* estão alinhados com o tema principal do presente estudo. A *Boa-fé* como *princípio* orientador de conduta na relação de consumo, presente nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

No Brasil, a questão dos *princípios* está, também, relacionada aos contratos²⁰⁵, aos direitos civis, especificamente, em nosso caso, ao Direito do Consumidor, que veio procurar solucionar as enormes desigualdades econômicas que grassam em nossa sociedade.

A intenção é igualdade, entendida como eqüidade, como conjunto de *princípios* naturais da Justiça. Já a Constituição do Império do Brasil – 1824 – no artigo 179,

²⁰²ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1981. n. 60, p. 504 - 505.

²⁰³No frontão do Título I, da Constituição Federal vigente, o termo *princípio* é empregado para expressar liberdades, direitos inalienáveis, garantias, daí a expressão: “Dos Princípios Fundamentais”.

²⁰⁴Por exemplo, ao comentar o artigo 3 da Constituição Federal de 1988, Pinto Ferreira dedica uma série de fatos e argumentos para demonstrar o que todos já sabemos: a pobreza em face de problemas com a distribuição da renda. Por exemplo: No Brasil, aproximadamente 75% da população economicamente ativa (PEA) feminina e 44% da masculina são formadas de indigentes e miseráveis e em condições sem igual e sem comparação com a maioria das regiões do mundo”. Obra citada. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 46, 47, artigos 1- 21.

²⁰⁵Cf. declaradamente, por exemplo no “caput” do artigo 4 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

n. 18 - determinava²⁰⁶: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da eqüidade”. Assim, direitos sociais mínimos, inclusive de igualdade real diante dos contratos. Visto neste sentido, há autores, que colocam a questão como novos direitos (de fundo), como o Professor José Alcebíades de Oliveira Júnior, por exemplo, recentemente publicou, sobre o tema, “Teoria Jurídica e Novos Direitos²⁰⁷.”

Nas Constituições brasileiras, conforme Themístocles Brandão Cavalcanti²⁰⁸, deve-se a João Barbalho a primeira sistematização desses *princípios*, enumerando-os na seguinte ordem: liberdade individual e suas garantias, democracia, representação política, forma republicana e regime federativo. Como se observa, os *princípios* aí estão descolados dos direitos e garantias, dos objetivos ou dos fundamentos, como ocorre na Constituição de 1988, nos artigos 1, 2 e 3. Themístocles Brandão Cavalcanti trata do tema, no sentido de hierarquia entre a União e os Estados da Federação, assim se expressando: “Sempre houve controvérsia em torno à determinação do que seria entender por '*princípios constitucionais da União*'²⁰⁹”.

Outros, a exemplo de José Cretella Júnior²¹⁰, entre outros, critica a expressão, tal como colocada na Constituição de 1988, “*Princípios Fundamentais*”. Argumenta que é redundância, porque “*princípios*” são proposições que se colocam nas bases dos sistemas, informando-os, sustentando-os, dando-lhes bases, fundamento”.

Critica²¹¹, nesse aspecto, a Constituição de 88, “sob o aspecto *principiológico*” “[...] ao enumerar e elevar à categoria de *princípios* – e *princípios fundamentais*, a ‘soberania’, a ‘cidadania’, o ‘pluralismo político’, a ‘dignidade da pessoa humana’, os ‘valores sociais’ (do trabalho e da livre iniciativa), confundindo *princípios* com

²⁰⁶Muito bem lembrado por FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1981. p. 100 e nota de rodapé n. 202.

²⁰⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

²⁰⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1948. p.180. v.1.

²⁰⁹Cf. Obra acima citada. *A Constituição Federal Comentada*, 1948. p. 180.

²¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 128. v. 2. art. 1 a 5, I a LXVII.

conotações, postulados com características democráticas”.

Não pretendo aqui discutir sob o ponto de vista da técnica redacional a posição do renomado mestre, mas, parece que o comprometimento da atual Constituição com os *princípios* universais da pessoa humana, conforme conteúdo já mencionado dos artigos 1, 2 e 3, da CF/88, permitem, entre nós, entender cidadania não mais como o direito de votar e ser votado, como acima foi explicitado. Pontes de Miranda²¹², nesse sentido tece crítica, ao individualismo burguês em que se apoiaram a democracia numérica e o liberalismo econômico, com base em velhos *princípios* da liberdade de contratar e da liberdade de propriedade. Reconheceu o iminente jurista a existência de um novo Direito social, hoje, perfeitamente, consagrado em várias passagens da Constituição de 88, como por exemplo, os fundamentos, os objetivos e os *princípios* que a regem.

Hermann Heller²¹³ assinala que os *princípios constitucionais* (materiais) não vêm para ficar “ao lado” do *direito contratual* e do *consuetudinário*, mas constituem o fundamento normativo de todas as formas jurídicas nacionais e internacionais, e no caso referido, recebem a certeza do seu sentido em virtude do pronunciamento do tribunal, que cria assim preceitos jurídicos positivos[refere-se a atuação do tribunal de Haia, o qual deve aplicar – além do Direito Internacional, o consuetudinário e o contratual – “les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées”].

A Constituição de 1934, artigo 113, n.37, mandava²¹⁴ aplicar os *princípios* no sentido de *hermenêutica*: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei”. Diz que em tal caso “[...] deverá decidir por analogia, pelos *princípios* gerais de direito ou por equidade”. Antes, a Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916, artigo 7, já havia prescrito que se deveriam aplicar nos casos omissos,

²¹¹ Obra acima citada. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1992. p. 129.

²¹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936, p. 56-57. Tomo I. art. 1 – 103.

²¹³ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 269.

²¹⁴ Ver: FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. Obra citada, 1969. p. 13.

as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os *princípios* gerais de direito.

Assim, o atual artigo 4º Da Lei de Introdução: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios* gerais de direito”. Segundo Pietro Perlingieri²¹⁵, os referidos *princípios* tem conotação com o *solidarismo* constitucional, com a igualdade social e com a unidade legislativa. Busca nos *princípios* os valores necessários para equilibrar as relações entre o Estado, as pessoas e os interesses. Tudo em face da descodificação, por ele entendida como novas situações e leis, em relação ao Código Civil italiano de 1942.

De todos os autores que entre nós estudaram os *princípios*, pode-se destacar o trabalho de pesquisa, reunião e síntese realizados por R. Limongi França²¹⁶, Nicolau Nazo²¹⁷ e Carlos Maximiliano²¹⁸.

Afirma R. Limongi França²¹⁹ que o mérito de ter estudado primeiro os “*princípios*” no direito brasileiro é de Nicolau Nazo. Daí podemos verificar, com mais clareza, que a evolução dos “*princípios*” no Direito brasileiro estão ligados ao direito clássico grego, aos *princípios* judaico-cristãos, às obras romanas de Direito, principalmente de Justiniano. Na Idade Média, estes *princípios* aparecem nas “Cartas dos Direitos”, na Inglaterra²²⁰.

Logo após, na América, eles surgem, novamente, na Declaração de Direitos de Virgínia (1776). Aparecem nas Ordenações Portuguesas. Os Estatutos da Faculdade de Direito de Coimbra mantiveram “vivos” os *princípios* contidos nas

²¹⁵Obra acima mencionada. p. 3 e seguintes. Tem como base a Constituição da Itália que entrou em vigor no ano de 1948. Cf. suas palavras: “O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”.

²¹⁶FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

²¹⁷Ver. NAZO, Nicolau. *Os Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Atlas, 1935.

²¹⁸Com o clássico de MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979. p. 295.

²¹⁹FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. Cf. dedicatória que faz logo no início da obra mencionada.

²²⁰Assim, a Magna Carta (1215); a Grande Carta de Henrique III (1225) e as Declarações dos Direitos (1689).

obras de Justiniano, a começar pelo Digesto²²¹ - “*juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*”.(D.1.1.1pr – Ulpianus libro primo institutionum) ou “*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”(D.1.1.10.1).

Clóvis do Couto e Silva²²² assinala a importância da opinião do autor, no Direito Português, que, em face do caso concreto, representasse a “*Recta Ratio*”, a “Boa Razão”, principalmente segundo parágrafo 9 da Lei de 18 de agosto de 1769; “nos primitivos *princípios* que contêm verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que o Direito romano e natural formalizaram”. O fato é que desde os remotos tempos²²³ do “*Jus Civile Romanorum*” os jusperitos se preocuparam em reduzir a termo os “*Princípios*”, organizando uma coleção denominada “*regulae juris*”.

Para R. Limongi França Direito é²²⁴ “o conjunto de normas sociais coercitivas, que regem a questão do meu e do seu”. Para ele, ²²⁵ os costumes e as primeiras leis marcam as fases de nascimento dos “*Princípios*”, e a integração destes no ordenamento jurídico se dá pelo Direito natural.

A consagração dos *Princípios Gerais de Direito*, na qualidade de forma complementar do Direito Normativo, constitui fato universal, pois mesmo em países cujo código silenciou a respeito, a doutrina se encarregou de dar a esses *princípios* foros de regra obrigatória²²⁶.

²²¹D. 1. 1. 1 pr. “[...] é preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome “direito” (ius). Vem, pois, de “justiça” chamado. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo” - e (D. 1. 1. 10. 1pr: “Os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu”. In: MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano*. Edição bilingüe: Latim/Português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.15, 19. Livro 1.

²²²O DIREITO Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25. n. 97. Jan./mar. 1998.

²²³Ao historiar sobre o Direito Romano, FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 23.

²²⁴FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 21.

²²⁵FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 22. E em nota de rodapé n. 40, conclui com a fonte: BRUGI, Biagio. *Le regulae iuris dei giureconsulti Romani*. In: *Studi Filosofici-Giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*. [S.l.]: Moderna, 1930. v. 1. p. 41, 42.

²²⁶FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 97.

A origem da expressão²²⁷ *Princípios Gerais de Direito* - é atribuída ao italiano Giulio Cervi, para quem: “[...]as máximas jurídicas só valem na medida em que efetivamente exprimem *Princípios Gerais de Direito*”.

Na França, a expressão²²⁸ *Princípios Gerais de Direito* é atribuída a Brethe de La Gressaye e Laborde-Lacoste.

No Brasil, foi o Professor Nicolau Nazo o primeiro a encarar a matéria dentro dessa nova terminologia defendendo-a na tese *Os Princípios Gerais de Direito*, publicada em 1935, a lição dos melhores autores da época.

Carlos Maximiliano²²⁹, sobre o assunto, tem estas palavras incisivas alertando contra o uso indevido de aforismos:

Não se confunda o abuso com o uso prudente e oportuno [...]. Cumpre verificar qual foi, na origem, o objeto da regra, conhecer o verdadeiro significado da mesma, empregá-la com pleno conhecimento de causa e senso da oportunidade, restringi-la aos casos que efetivamente abrange.

Desconfie-se dos apotegmas de procedência desconhecida.

Na obra acima mencionada, R. Limongi França resume em quatro grupos²³⁰ a classificação dos códigos que incorporam em seus textos os “*princípios*”.

Faz distinção entre os que aplicam os “*princípios*” e aqueles que adotam como “*princípios*” os *Princípios do Direito Natural*²³¹.

²²⁷ FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 36.

²²⁸ FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 36 “[...] mas assinalam que têm o valor de Princípios Gerais de Direito apenas um grande nombre d’eles”. (nota de rodapé 42 - Brethe de La Gressaye e Laborde-Lacoste, Introduction Générale à L’étude du Droit. Paris. 1947. p. 324. Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao Estudo do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1957. p. 57.

²²⁹ FRANÇA, R. Limongi Obra acima citada, 1963. p. 36. In: nota de rodapé 44. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1947. p. 293, 294.

²³⁰ FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 38. Obs: O Código Civil Português a que se refere o autor é o anterior ao aprovado pelo Decreto Lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966.

²³¹ FRANÇA, R. Limongi. Obra acima mencionada, 1963, ao comentar a posição da doutrina Francesa sobre os “Princípios Gerais de Direito”. p. 54 e seguintes da obra mencionada, faz uma distinção muito importante para a compreensão de Princípio Geral de Direito e Princípios de Direito Natural; “[...] Eles confundem o Direito Natural em sentido estrito, com o Direito Natural em sentido lato; além disso, logo a seguir, ao tratarem da enumeração dos Princípios Gerais de Direito, referem aqueles que decorrem da natureza mesma das instituições sociais; finalmente, os próprios primeiros princípios da justiça não deixam de ser admitidos pela opinião, não raro ao mesmo título que a lei. (Direito natural em sentido lato: decorrem da natureza mesma das instituições sociais integram o Direito natural em sentido lato. 325. Obra acima citada Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste.

Assim, o primeiro grupo é o do Código Suíço. Dele se aproxima o Código Chileno, cujo artigo 24 se refere “[...] ao modo que mais conforme pareça ao espírito geral da legislação e à equidade natural”.

O segundo grupo compreende aqueles que restringem a concepção dos “*Princípios Gerais de Direito*” ao rol daqueles que se encontram na esfera do Direito Natural. Assim, o “Código Austríaco de, 1810, cujo artigo 7º fala em “*princípios fundamentais do Direito natural*”, e também com o Código Português, tanto na sua primeira redação, de 1867, como na que resultou da reforma de 1930, cujo art. 16 alude simplesmente a “*princípios de Direito Natural*”.

O terceiro grupo possui como protótipo o Código Civil Italiano de 1942, que, como resultado do “Positivismo estatista”, refere-se em seu artigo 12, “in fine”, a “*princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*”.

O último grupo é representado pelos códigos que adotam expressamente a expressão “*Princípios Gerais de Direito*”, que, segundo R. Limongi França é o modo mais científico. Para ele, o “primeiro Código a adotar essa orientação foi o Código Italiano de 1865, em cujo artigo 3º, segunda parte, se lê o seguinte: “Quando uma controvérsia não se possa decidir com uma precisa disposição de lei, se terão em conta disposições que regulam casos semelhantes e matérias análogas: quando, entretanto, o caso permaneça dúbio, se decidirá segundo os *princípios gerais de direito*”. Seguiu-se o Código Uruguaio, de 1868, segundo o qual, em hipóteses que tais, “[...] se recorrerá aos *princípios gerais de direito* e às doutrinas mais acatadas, consideradas as circunstâncias do caso. No ano de 1869, vem o Código Argentino, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1871, o qual no artigo 16, fala em ‘*princípios gerais de direito*, tomando-se em consideração as circunstâncias do caso’ “.

Dentro da mesma linha, o Código Espanhol, de 1888, artigo 6º, segunda parte, adota pura e simplesmente, como o ordenamento italiano, a expressão *Princípios Gerais de Direito*. Igualmente, o Código Civil brasileiro, que adotou como fonte próxima o Código Civil Italiano de 1865, já na Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, artigo 7º, que foi seguida pelo Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de

1942, artigo 4º.

No tocante aos antecedentes e fontes dos *Princípios Gerais de Direito* do Código Civil brasileiro, indica Clóvis Bevilacqua como a fonte direta dos “*Princípios Gerais de Direito*”, no Código Civil brasileiro, o Código Civil Italiano. Discorda R. Limongi França. Para ele as razões são mais profundas²³² e transcendem ao simples desejo de atualização do nosso Direito.

Argumenta que a Consolidação Carlos de Carvalho, datada de 1899, refere com clareza, entre as “fontes” de caráter subsidiário do Código Civil brasileiro o Direito Justinianeus: “[...] conforme à boa razão e ao Direito Natural”, e cita como fundamento a Lei de 18 de agosto de 1769”. Daí que a Lei de Introdução ao Código Civil: “[...] não fez mais do que respeitar, embora com maior precisão e nos termos de uma linguagem atualizada, aquilo que, no referente à matéria, de certo modo, já vigorava em nosso Direito”. Prossegue na referida argumentação, ponderando que a Constituição do Império do Brasil de 1824, artigo 179, n. 18 ordenava que o futuro Código Civil e Código Criminal seriam fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade.

Critica Teixeira de Freitas por não ter apresentado nenhuma disposição no Esboço nem na Consolidação sobre os “*Princípios Gerais de Direito*”.

O projeto de Nabuco de Araújo, que sucedeu ao projeto de Teixeira de Freitas, por desistência deste, foi aprovado pelo decreto n. 5.164, de 11 de dezembro de 1872, “obra de excelente teor²³³”, e que, a despeito de inacabada, não deixou de assinalar, no artigo 82, vazado no modelo italiano: “Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos e espírito da lei, ou por disposições relativas aos casos análogos, devem os juizes recorrer aos *Princípios Gerais de Direito*, até haver providência legislativa”.

Concluindo esta parte dos antecedentes da inserção dos *Princípios Gerais de*

²³² FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 98 e seguintes.

²³³ FRANÇA, R. Limongi. Obra acima mencionada . p. 98 e seguintes.

Direito no Código Civil Brasileiro, voltamos²³⁴, mais uma vez, ao trabalho de R. Limongi França, “Teoria e Prática dos *Princípios Gerais de Direito*”. Assinala o citado autor que Felício dos Santos, em seu projeto do Código Civil brasileiro deixou a fonte Italiana, apegando-se a orientação austríaca, consignando no artigo 56 a referência a “*Princípios Gerais do Direito Natural*”. O Projeto Coelho Rodrigues, inaugurando uma orientação francamente positivista, segundo R. Limonmgi França, dispôs, no “[...] artigo 38 da Respectiva Lei Preliminar, que, nos casos omissos, se aplicariam ‘as disposições dos casos análogos e, na falta destas, os *princípios* que se deduzem do espírito da lei’ “. Esta redação foi adotada *ipsis litteris* pelo projeto primitivo de Beviláqua, no artigo 13, da sua Lei de Introdução. Entretanto, o projeto da Comissão Revisora, conforme indicação de Lacerda de Almeida, voltou para a orientação bem mais ampla, de Nabuco de Araújo, consagrando, no artigo 13, a expressão “*Princípios Gerais de Direito*”, no que foi seguido pelo Projeto Final, artigo 7 da Lei de Introdução. A redação que se converteu em lei, quanto à ordem das expressões e ao aspecto estilístico, é da lavra do Conselheiro Rui Barbosa, e assim foi levada a efeito: “Aplicam-se, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os *princípios* gerais de direito” (Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916, com as correções ordenadas pela lei n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919). O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, artigo 4, derogou esse dispositivo, para acrescentar-lhe a invocação expressa ao direito consuetudinário, de forma que a matéria passou a ser regulada do seguinte modo: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios* gerais de Direito”.

Partindo do Código Civil brasileiro, R. Limongi França classifica em cinco fatos e correntes as teses e posições em face do *Princípios Gerais de Direito*.

No primeiro caso, a Lei de Introdução ao Código Civil - Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916, com as correções ordenadas pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919.

²³⁴Nesse sentido, a partir da página 97 e até a página 154 da obra acima citada, R. Limongi França, 1963, faz um belíssimo trabalho de coleta de dados e fundamentos que norteiam até hoje, em nosso direito, a matéria em questão. Em razão disso, naquilo que for importante para a estruturação do presente trabalho não teremos dúvida em buscar referências

O Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, artigo 4, derogou esse dispositivo, para acrescentar-lhe a invocação expressa ao direito consuetudinário, de forma que a matéria passou a ser regulada do seguinte modo: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios* gerais de Direito”.

No segundo temos a doutrina de Carlos Maximiliano, exposta em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. R. Limongi França resume²³⁵, assim, o pensamento de Carlos Maximiliano: “Parte do *princípio* de que todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas um resumo, a síntese, o substractum de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina”. Acrescenta que: “[...] se é deficiente o repositório das normas [...] o estudioso, o magistrado, ou funcionário administrativo, como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador; este procede de cima para baixo, de geral ao particular; sobre aquele gradativamente, por indução, da idéia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada”. Dá um exemplo: “[...] em se tratando de um caso de Sucessões, investiga (o aplicador do Direito), em primeiro lugar, no capítulo correspondente à hipótese controvertida; em falta do êxito imediato, inquire entre institutos afins, no livro quarto do Código em seu conjunto; vai depois ao Direito Civil integral; em seguida ao Direito privado (Civil e Comercial); mais tarde a todo o Direito Positivo; enfim à ciência jurídica em sua universalidade”.

No terceiro, com a doutrina posterior à tese “*Os Princípios Gerais de Direito*”, publicada em 1935, de autoria do Professor Nicolau Nazo.

Na quarta, aponta a posição de orientação positivista, sobre os “*Princípios Gerais de Direito*”, defendida por Campos Batalha, Oscar Tenório, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues. Estes procuram negar o Direito Natural²³⁶.

A última é, por R. Limongi França, designada de “filosófica”²³⁷. Argumenta que

e apoio no seu conteúdo.

²³⁵ Cf. FRANÇA, R. Limongi, nas conclusões da obra acima mencionada. p. 210 e seguintes.

²³⁶ FRANÇA, R. Limongi justifica referida posição concluindo que se trata de “[...] uma espécie de explosão retardada daquele *horreur du droit naturel* que Gény assinalava no Direito Científico do Século XIX”. Obra citada, 1963. p. 119.

²³⁷ FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

adotou este critério porque, a despeito de não considerarem *Princípios Gerais de Direito* apenas os que se inferem do ordenamento. Os defensores desta doutrina posição são Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho²³⁸, Paulino Neto e Caio Mário da Silva Pereira²³⁹. Como seguidores da Escola do Direito Natural, aponta Serpa Lopes, Washington de Barros Monteiro, Franzen de Lima e Vicente Ráo.

Argumenta que eles defendem claramente não só a aplicação dos *Princípios Gerais de Direito*, mas, também, consideram os valores que informam o Direito, como naturalmente, os *princípios jurídicos*, os *princípios de Direito Natural*, os *princípios tradicionais*, os *princípios políticos* e a *equidade*. (grifei)

De sua parte, R. Limongi França trata os *Princípios Gerais de Direito*²⁴⁰ como fonte de Direito, – daí que no silêncio da lei, frente ao caso – aplicam-se, pela ordem, os seguintes passos: o costume, o sistema jurídico, o direito científico, ou, na filosofia do Direito, uma norma de caráter geral.

Em R. Limongi França²⁴¹, o Direito Natural é tratado de dois modos distintos.

O primeiro, no seu aspecto de unidade, e, o segundo, no seu modo multifário ou diverso. Assim, o primeiro “se reduz a um *princípio único*²⁴², o de fazer o bem e evitar o mal”. Argumenta que “[...] parece identificar-se com o ‘*juris praecepta*’ “ dos romanos, a saber: “[...] *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. O segundo se apresenta com o argumento de que:

p. 158. Identifica-a como corrente filosófica ou científica. Esta tem dois momentos no Direito brasileiro; vê tudo o que as outras vêem, e não esquecem do Direito Natural. E tem dois momentos: o primeiro após a doutrina em face do Código de Ferreira Coelho e o trabalho de Nicolau Nazo. E o segundo, a corrente seguida por Franzen de Lima, Serpa Lopes, Washington de Barros Monteiro, e em especial, Vicente Ráo.

²³⁸ FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, p. 122. Indica como referência da conclusão, dos referidos autores. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, São Paulo, 1934. v. I.I. p. 139.

²³⁹ R. Limongi França considera esse entendimento e justifica no fato de que no livro Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, São Paulo, 1961. v. I, p. 66. Caio Mário da Silva Pereira “[...] dá a entender que todo e qualquer Princípio Geral de Direito constitui “[...] um cânon que o legislador não chegou a ditar sob a forma de preceito, mas se contém imanente no espírito do sistema jurídico”. Conclui dizendo que “[...] com estas palavras [...] o mestre propende para uma orientação de cunho positivista, baseada na plenitude do sistema “.

²⁴⁰ FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 158.

²⁴¹ FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 164.

²⁴² Contra, por não se tratar de uma norma, mas sim de critério. GUIMARÃES, Affonso Paulo. *O Direito Natural e o Estado de Direito*. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 97.

as pessoas compreendem as coisas de modo diverso, bem assim de que uma mesma pessoa varia no modo de pensar, de acordo com sua cultura e experiência, fácil nos parece a explicação, através da idéia de Direito Natural de Conteúdo Progressivo, cuja explanação é feita por Georges Renard (Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. Tomo III, p.97, Buenos Aires, 1947), mediante uma imagem bastante elucidativa: [...] enquanto a estrela permanece fixa, vai caminhando o conceito que temos dela. Não é a lei natural que muda; nós é que mudamos.

R. Limongi França considera que o Direito Natural²⁴³ não esgota a questão dos *princípios*. Segue o entendimento de Vicente Ráu: o Direito Natural não esgota toda a extensão dos *Princípios Gerais de Direito* (O Direito e A Vida dos Direitos, São Paulo, 1952. v. I p. 312). Acrescenta: “Isto, porém, não quer dizer que os *princípios* em apreço não sejam integrados também pelos *Princípios de Direito Natural*”. Diz que o método utilizado no Jusnaturalismo, para justificar a aplicação dos *princípios*, é o dedutivo²⁴⁴—conclui com base na concepção racional do Direito Natural: “[...] deve-se partir da evidência dos *princípios* primeiros, tomar os dados da realidade social fornecidos pelo método indutivo, e, através de raciocínios dedutivos, procurar solução, ou as várias soluções, que, sem desatenderem àqueles *princípios* primeiros, não desmereçam, antes atendam aos elementos oferecidos pela realidade dos fatos” .

R. Limongi França assevera²⁴⁵ que as melhores contribuições ao estudo dos *Princípios Gerais de Direito* estão ligados à obra de Brethe de La Gressaye em

²⁴³ FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 171.

²⁴⁴ FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 167.

²⁴⁵ FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 53 - 54. Por oportuno, vale transcrever a idéia que retira de Georgio Del Vecchio, sobre a passagem do Direito Natural ao Direito positivo “[...] quem não sabe que a personalidade jurídica do escravo teve no direito romano um reconhecimento parcial e indireto duplamente significativo, se se tem em conta que, dogmaticamente, aquela personalidade era negada? Não só se admitia que o escravo podia fazer votos e participar dos *dollegia* funeraticia, reconhecendo-se em suma sua personalidade em direito religioso; não só foram juridicamente tomados em consideração os vínculos de sangue entre escravos, dos quais podiam nascer impedimentos para as núpcias, inclusive depois da manumissão, como ainda se reconhecia que o era, de fato (*naturaliter*), capaz de realizar uma declaração de vontade, e, portanto, de celebrar negócios jurídicos, de obrigar-se, de adquirir direitos. Daí a possibilidade de relações jurídicas entre o escravo e o patrono, e até a possibilidade, para o escravo, de adquirir a liberdade, pagando por si mesmo o preço com o seu próprio pecúlio (*suis nummis*). Assim, na oposição entre o direito natural e o direito positivo, vemos que este vai aceitando atenuações que anuncia, historicamente o triunfo daquele (DEL VECCHIO, Georgio, *Los Principios Generales del Derecho*. p. 70, 71).

colaboração com Laborde-Lacoste, na obra *Introduction Générale à L'étude du droit*, p. 323, Paris, 1947.

O motivo é que estes autores

Partem de uma nova visão a respeito das chamadas fontes de direito, consideram os Princípios Gerais de Direito como verdadeiras regras, que embora não escritas, 'são bem de direito positivo e não de Direito Natural' (p.53) porque não constituem o enunciado dos elementos primeiros da justiça, mas regras mais contingentes, que são positivas porque admitidas pela opinião, ao mesmo título que a lei .

Sobre a natureza dos *Princípios Gerais de Direito*, R. Limongi França²⁴⁶, partidário da Escola do Direito Natural, considera que o são,

não apenas aqueles que decorrem das regras particulares pelo Ordenamento adotadas, senão também aqueles que, embora não consagrados pelo Direito Positivo, são deduzidos pela ciência jurídica. Por outro lado, entre esses últimos, tanto reconhece como tais os princípios da Doutrina e da Legislação Comparada, como ainda as Regras de Direito, cujo valor é intrínseco, por se tratar de Princípios do Direito Natural .

Sustenta, R. Limongi França, referida escolha e oito razões:

[...] 1. é da tradição do Direito Luso-Brasileiro o uso dos *princípios de Direito Natural*, com o fim de preencher as lacunas da lei; 2. no Direito Universal, muitos são os Códigos que o consagram expressamente; 3. mesmo nos países onde não existe a consagração expressa desses *princípios*, sempre foi possível a doutrina sustentar a consagração implícita, e grandes foram os mestres que o fizeram; 4. os positivistas, na

²⁴⁶ Ainda com relação à origem remota dos Princípios Gerais de Direito. R. Limongi França, obra acima mencionada nos brinda com elucidativa lembrança da teoria de Jörs, segundo a qual a origem material das *regulae juris* teria tido um limite, qual seja a época do desenvolvimento da jurisprudência romana referente à Lei das XII Tábuas [...] cujo início se teria verificado com Catão Liciniano (século CI de Roma), estendendo-se por todo o século VII. No mais a posição e as razões do referido autor sobre a natureza dos Princípios Gerais de Direito na p. 179 da obra de R. Limongi França acima mencionada.

generalidade, estão presos, ou a anacrônicos preconceitos contra o Direito Natural, ou a errônea compreensão desse Direito, de modo que a sua negação não apresenta valor científico; 5. entre nós, a consideração favorável ao Direito natural foi adotada pelos autores que mais se aprofundaram nas indagações sobre o assunto; 6. a consagração dos *princípios* de Direito Natural deflui da própria referência, por parte do legislador, aos *Princípios Gerais de Direito*, sem o que constituiria uma redundância; 7. o recurso ao Direito Natural decorre da própria necessidade de compor o sistema; 8. no nosso Direito Positivo, a expressão *Princípios Gerais de Direito* foi inserida pelo legislador com o fito de abranger também os *princípios* de Direito natural.

Os fundamentos dos *Princípios Gerais de Direito* como regra normativa nos são apresentados por R. Limongi França²⁴⁷ que, ainda, diz como proceder.

Assim, o *Princípio Geral de Direito*, para ele é “ forma de expressão do Direito Positivo ou fonte do Direito. Isto é, a razão pela qual, ante o silêncio da Lei e do Costume, se deve ir buscar no Sistema, no Direito Científico, ou na Filosofia do Direito, uma norma de caráter geral, mas nem por isso menos concreta, para a solução da controvérsia do caso particular” .

Assumidamente realista²⁴⁸, R. Limongi França classifica os *Princípios Gerais de Direito* em duas categorias²⁴⁹: Os Essenciais e os Contingentes.

1.Princípios Essenciais

Os Princípios Essenciais, diz o autor citado: “[...] vêm a ser aqueles princípios estáveis, que não se transformam, ou não se devem transformar através dos

²⁴⁷Cf. FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 198.

²⁴⁸Cf. FRANÇA, R. Limongi. Obra acima mencionada, 1963. p. 188. Nesse sentido, sua posição para alcançar os Princípios Gerais: “Dentro de uma concepção realista, na indagação dos Princípios Gerais de Direito, o cientista deve lançar mão tanto do método dedutivo como do indutivo, sem deixar de lado a consideração da evidência dos princípios primeiros, por natureza indemonstráveis”.

²⁴⁹Ver p. 201, FRANÇA, R. Limongi França. Obra supra citada, 1963.

tempos e dos povos, sob pena de desvirtuamento da própria índole do Direito” e se dividem em duas espécies:

[...] a) Dos elementos primos de Justiça são aqueles que constituem o próprio fundamento do Direito Natural. Resumem-se no *alterum non laedere* e no *suum cuique tribuere*. Não inclui o *honeste vivere*, porque, embora os dois outros preceitos aqui se incluam, este último transcende o objeto da Justiça, abarcando toda a moral. A justiça, em sendo eminentemente moral, constitui uma parte da Ética, – aquela que se ocupa do meu e do teu. Há modos particularizados de exprimir aqueles *princípios* fundamentais. Um deles é o brocardo – *jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorrem*, base da doutrina do enriquecimento sem causa, e, que constitui a Lei n. 206 das Regras de Justiniano. b) Os elementos básicos, que decorrem da natureza das Instituições, são aqueles que integram o próprio arcabouço das mesmas, de tal forma que, quando não atendidos, tolhem a possibilidade de essas instituições atingirem os fins os quais surgiram ou foram criadas. Por exemplo; é da natureza do matrimônio o destinar-se à procriação e educação da prole, bem assim o auxílio mútuo e o apaziguamento da concupiscência. Numa questão prática de direito de família, a cuja solução não se possa chegar através da Lei, da Analogia ou do Costume, o Juiz deverá decidir do modo mais conforme com esses *princípios gerais* que informam a instituição do casamento.

2. Princípios Contingentes

Os Princípios Contingentes, constituem uma série de *princípios* que: “[...] de acordo com o meio e o momento, não podem deixar de sofrer modificações: assim, por exemplo, o *princípio* da separação dos poderes, característica dos regimes democráticos, mas não imperativo imutável, que decorra da natureza do governo político, considerado em si mesmo”, dos quais brotam três categorias, a dos Princípios do Ordenamento, a dos Princípios do Direito Costumeyro, e a dos

Princípios do Direito das Gentes.

a) *Princípios* de Ordenamento:

Estes, por sua vez, se subdividem em 3 (três) grupos:

O primeiro o grupo dos que

Informam a constituição da sociedade das Nações - essas regras não são integradas apenas por aquelas que fundamentam as relações dos países, como tais, entre si, qual, por exemplo, conforme artigo segundo da Carta das Nações Unidas, o da *igualdade soberana de todos os seus membros*. Há ainda as que dizem respeito às comunidades raciais e religiosas, não soberanas, *verbi gratia*, o *princípio* da *Proteção das minorias*, bem como, e sobretudo, as que se entendem como os direitos fundamentais da pessoa humana, consubstanciadas na *Declaração dos Direitos do Homem*, aprovada pela sessão plenária da Assembléia Geral da ONU em 6 de dezembro de 1948.

Já o Tratado de Versailles, na célebre parte XIII, artigo 427 consagrava, além de *princípios* que devessem orientar as relações entre os povos, preceitos básicos relacionados com a proteção do homem como ser individual, entre os quais o da condenação do capitalismo liberalista, com a sua idéia do salário-preço e do trabalho-mercadoria.

Diz que, “[...] além dos *princípios* consagrados nos diplomas internacionais, outros haverão, aí implícitos, igualmente aceito pelas nações Contratantes”.

O segundo grupo, aqueles que: “Sobre os quais se assentam as bases do regime político-jurídico nacional. O regime jurídico-político brasileiro atual é do teor daqueles que, *mutatis mutantis*, acompanha as novas tendências do Direito Constitucional, segue de perto a Constituição de Weimar, principal consagradora da chamada Democracia Social”. Nesta, “[...] não se trata apenas de um regime daqueles que se dizem ‘do povo, pelo povo, para o povo’, com o sufrágio

universal, a eleição do chefe do governo, etc., senão ainda, em que o Estado não se circunscreve à função de ‘gendarme’, mas desempenha uma ativa *função social*, protegendo diretamente as classes subdesenvolvidas, dirigindo a produção econômica etc.”.

E, por último, o grupo dos que:

[...] norteiam a estrutura positiva das instituições. Não se confundem com aqueles *princípios* essenciais que informam o arcabouço natural das mesmas instituições em particular. Por exemplo, no caso de adoção, é o *princípio* essencial o de que essa instituição seja organizada em benefício do adotado. Não é *princípio* essencial, mas *princípio geral contingente*, esboçado a pouco pelo legislador brasileiro, o de que o estado civil de casado não mais é requisito indispensável ao direito de adotar.

Prossegue o Prof. R.Limongi França, assinalando que “esses princípios se vão particularizando, de acordo com a pertinência às partes e disciplinas gradativamente menores do fato sócio-jurídico. Assim, para logo, trifurcan-se em princípios de Direito Público, de Direito Social e de Direito Privado”.

Diz, ainda, que dentro de cada uma dessas ramificações, “singularizam-se ora em *princípios* de Direito Constitucional, ora, de Direito Administrativo, ora, de Direito Civil, ora, de Processual etc.”

b) *Princípios* do Direito Costumeiro

Assevera R.Limongi França que:

Os *Princípios Gerais de Direito*, de natureza contingente, não se limitam àqueles que servem de base para o ordenamento escrito. O sistema jurídico encontra não só na Lei, como ainda no Costume, uma sua forma de exteriorização, que atua como regra normativa. Ora, do mesmo modo

que, *hic et nunc*, há uns tantos *princípios* a nortear o legislador quando da regulamentação legal das instituições, existem igualmente umas tantas noções fundamentais que, mais ou menos conscientemente, servem de ponto de partida para a consolidação dos costumes.

Cita, “Por exemplo, o costume sedição entre nós, da emissão de ‘vales’, às vezes como sinal num contrato qualquer, não raro a título de empréstimo, quase sempre como antecipação de pagamento. Parece ser um *Princípio Geral* aceito pela opinião corrente o de que, para a sua eficácia, é suficiente a indicação do preço e a assinatura do responsável, independentemente de qualquer outra referência”. Conclui dizendo que “O nosso sistema, fundado que é, primordialmente, na autoridade da lei, não oferece interesse prático no que concerne a estruturação doutrinária do que se poderia chamar um ordenamento consuetudinário *praeter legem*.”

c) *Princípios* do Direito das Gentes

Assevera que o Direito das Gentes é entendido, não mais no sentido empregado segundo o Direito Internacional Público, mas, conforme a acepção tradicional, e posta por Gaio, *quo iure omnes gentes utuntur* (Gaio, D. I, 1, 9). Diz que “[...] na verdade há uma série de *princípios* que, de modo mais ou constante, informam o Direito dos Povos Cultos. A Lei da Boa Razão mencionava-os expressamente, falando em ‘Regras’, que de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes, para a direção e governo das nações civilizadas”. Finaliza argumentando que nos tempos atuais, essas normas passaram a ter nova e decisiva força atuante, pois são referidas de modo inequívoco pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça que assim reza: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará [...] c) os *princípios* gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas. Seu órgão prolator é a Doutrina, especialmente os estatutos de Direito Comparado”.

Assinala, ainda, R. Limongi França, na obra em questão, p. 210 a 214, o posicionamento de diversos autores, de quando e como os “*Princípios Gerais de*

Direito” podem ser invocados, emitindo ao final sua posição pessoal, como se verá a seguir.

Inicialmente revela que a codificação dos *Princípios Gerais de Direito*, no Código Civil, se deu porque no “projeto primitivo de Beviláqua, segundo o Projeto de Coelho Rodrigues, falava tão-somente em “princípios que se deduzem do espírito da lei” . E foi por indicação de Lacerda de Almeida, membro da Comissão Revisora e sustentáculo da boa doutrina do Direito Natural, que o projeto Revisto no artigo 13, adotou a expressão “*Princípios Gerais de Direito*”. Diz que, a afirmação é do próprio Clóvis Beviláqua, na obra *Teoria Geral*, p. 48, e nota 68.²⁵⁰

Revela²⁵¹, ainda, as razões que fizeram Clóvis Beviláqua adotar a sugestão de Lacerda de Almeida, e diz como aplicar referidos princípios, ao caso concreto:

Se o processo analógico deixa subsistir as falhas da legislação, se nem a lei nem o costume providenciam para a hipótese, que se apresenta ao aplicador da lei, cumpre recorrer aos princípios gerais de direito, com os quais o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-las para onde a necessidade social mostra a insuficiência do direito positivo. É, então, que o direito melhor se lhe deve afigurar como a *ars boni et aequi*. –Supor que, em qualquer desses momentos, o juiz deve procurar a vontade do legislador, é de todo injustificável, pois que ele vem, iluminado pela doutrina e estimulado pelas necessidades da vida, justamente fazer o que o legislador não soube ou não pôde querer (em nota de rodapé aponta a fonte: Beviláqua. *Teoria Geral*, p. 45,46).

Em razão da riqueza das informações trago, também, de R. Limongi França, o seu entendimento, sobre a posição adotada por diversos autores nacionais, sobre os *Princípios Gerais de Direito*. Assim de Espínola e Espínola Filho, de Oscar

²⁵⁰ FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p.185.

²⁵¹ FRANÇA, R.Limongi. Obra acima mencionada, 1963. p. 184.

Tenório, Vicente Ráo e de Carlos Maximiliano.

Segundo os Espínolas, na omissão da lei, deve recorrer-se ao Costume, “[...] que é a Segunda fonte”. Só depois é dado ao intérprete utilizar-se da Analogia, à qual, se inócua, se devem seguir os *Princípios Gerais de Direito*. Adiante esclarecem que, “[...] podendo estes inferir-se, de um lado, do sistema geral do Direito Positivo [...] e, doutra parte, resultar das investigações estendidas ao campo da ciência, cumpre, em primeiro lugar, fazer aplicação dos *princípios* de direito nacional, só se admitindo a introdução dos *princípios* do direito estranho, quando os primeiros não forem capazes de resolver o problema da espécie”.

Já Oscar Tenório se filia à corrente positivista, ponderando que:

[...] os *Princípios Gerais de Direito* não resultam, num primeiro esforço lógico, do exame de regras da mesma categoria. Sendo omissa uma lei privada para resolver um litígio, o juiz deve recorrer, primeiramente, aos *princípios* fundamentais de regime político-constitucional. Se o sistema constitucional não for por si só suficiente para elucidar o problema das lacunas, o juiz recorrerá, então, a elementos fornecidos por leis da mesma categoria. Para preencher uma lacuna da lei civil, ver-se-á o direito civil. Se a lacuna for de direito comercial, e se nas leis mercantis o *Princípio Geral de Direito* não for encontrado, recorrer-se-á à legislação civil, subsidiariamente. O esforço lógico não se limita à busca dos *Princípios Gerais do Direito*. As normas jurídicas, mesmo as de caráter especial, fazem parte de um sistema positivo. O recurso à tradição, à realidade nacional e à doutrina não deve ser desprezado.

Por outro lado, Vicente Ráo defende o método da generalização crescente, o qual, partindo do sistema positivo, passa pelas leis Científicas do Direito, para finalmente recorrer à Filosofia do Direito e ao Direito Natural.

Carlos Maximiliano parte do *princípio* de que: “[...] todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas um resumo, a síntese, o *subtractum* de um complexo

de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina”. Acrescenta que:

[...] se é deficiente o repositório das normas [...] o estudioso, o magistrado, ou funcionário administrativo, como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador; este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobre aquele gradativamente, por indução, da idéia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada.

Dá um exemplo:

[...] em se tratando de um caso de Sucessões, investiga (o aplicador do Direito), em primeiro lugar, no capítulo correspondente à hipótese controvertida; em falta do êxito imediato, inquire entre institutos afins, no livro quarto do Código em seu conjunto; vai depois ao Direito Civil integral; em seguida ao Direito privado (Civil e Comercial); mais tarde, a todo o Direito Positivo; enfim à ciência jurídica em sua universalidade.

Entre os autores estrangeiros encontram-se Chironi, Ferrara, Cogliolo, Carrara, Del Vecchio e Enneccerus.

Para Carrara, uma única hipótese assiste ao interprete a possibilidade de, no silêncio da lei, valer-se dos *princípios* de Direito, que não estejam, manifesta e materialmente, compreendidos no sistema vigente. É – diz o mestre: “[...] quando o legislador tenha introduzido no direito pátrio um instituto de outro direito, sem especificar nenhuma norma particular a respeito – Nesse caso – acrescenta – se deve presumir que todas essas normas estão em germe na disposição de lei que contempla o instituto transplantado”.

Francesco Ferrara:

O recurso aos *Princípios Gerais de Direito* não é senão uma forma de *analogia juris*.

Para G. P. Chironi, *Princípios Gerais de Direito* têm virtude de obrigar se e como a lei o consente, mas acrescenta duas condições para que possam ser aplicados:

- a) que a controvérsia não se possa decidir com uma precisa disposição de lei;
- b) que não se possa recorrer a disposição que regule casos símiles ou matérias análogas, ou, embora se possa, o caso permaneça dúbio.

Giorgio Del Vecchio adverte que os *princípios* em foco não prevalecem contra a Lei, mas têm valor sobre e dentro do Direito Positivo. Por outro lado, havendo coincidência entre o *princípio* e a Lei, a consideração do primeiro não é supérflua, porque é hábil a revelar a *ratio legis*.

Ludwig Enneccerus considera que: “[...] se a lacuna não se puder enquadrar em virtude de nenhuma conclusão analógica [...] o Juiz tem de fixar, a seu prudente arbítrio, na norma adequada, sem se pôr em contradição com as idéias fundamentais da Lei, de acordo com a doutrina e a tradição consagrada”. Como raramente a norma que se trata de achar se pode inferir de modo puro da idéia suprema de Direito, deve-se atentar para “[...] a oportunidade econômica, os usos e as necessidades do comércio, a consonância com a *Boa-fé*, as nossas concepções morais e os *princípios* gerais de direito”. (Enneccerus. Derecho Civil, Parte Geral, I, p. 214).

E por fim, Pietro Cogliolo se posiciona no sentido de que havendo conflito entre o vários *princípios* gerais: “[...] segundo o diverso grau de generalidade que os caracteriza”. Em tais casos, toca ao jurista e ao juiz saber encontrar os campos de operação dos dois *princípios*.

A posição de R. Limongi França

Este autor expõe seus argumentos em cinco situações diferenciadas, ensinando que podem os *Princípios Gerais de Direito* ser invocados como regra normativa:

- a) à falta de Lei (artigo 4 da LICC), quer específica, quer reguladora de matéria

análoga; bem assim a questão não se possa resolver de acordo com os usos e costumes; b) os *princípios* aplicáveis não são apenas os que informam pré-ordenadamente o sistema jurídico positivo, *princípios* contingentes, senão também os *princípios* gerais essenciais do Direito, ainda que não agasalhados de modo intencional pelo legislador; c) os *princípios* que informam o Sistema de Direito Positivo preferem aos *princípios* gerais essenciais; d) a ordem de aplicação dos *princípios*, essenciais como contingentes, é a inversa daquela em que foram enumerados. É a ordem da generalização crescente. Por outro lado, na aplicação dos *princípios* contingentes, os do sistema devem ser considerados antes dos do Direito Consuetudinário, e só depois destes é que deverão vir os do Direito das Gentes; e) a consideração da natureza das instituições em particular, do mesmo modo que dos elementos da Justiça, é o final que deve iluminar o aplicador do *Princípios* Gerais de Direito, mesmo quando lhe seja dado resolver a controvérsia, logo nos degraus primeiros da matéria.

Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁵², ao abordar o conceito de *Princípios* socorreu-se de José Cretella Júnior: “*Princípios* de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. *Princípios*, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

Segundo o mesmo autor, os *princípios* classificam-se em: onivalentes ou universais, comuns a todos os ramos do saber, o da integridade e o da razão suficiente; plurivalentes ou regionais, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplos: o *princípio* da causalidade, aplicável às ciências naturais, e o *princípio* do *alterum non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências jurídicas; monovalentes, que se referem a um só campo do conhecimento, como é o caso dos *princípios gerais de direito*, de que ninguém se escusa, alegando ignorar a lei; e setoriais, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo: na Ciência Jurídica, existem *princípios* que informam o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal etc.

²⁵²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 66, cf. CRETILLA JÚNIOR,

Observa a autora²⁵³ que o Direito Administrativo é de construção pretoriana e não codificado, em razão de que os *princípios* representam um papel relevante nesse ramo de direito. Decorrem daí dois *princípios* fundamentais: o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular.

A seu modo, comentando sobre as “Fontes Negociais, Razão Jurídica (Doutrina) *Princípios* Gerais de Direito, Eqüidade), Tercio Sampaio Ferraz Jr.²⁵⁴ assinala que os *princípios gerais de direito* constituem uma reminiscência do direito natural como fonte”. Diz que outros os entendem como eqüidade, enquanto sentimento do justo no caso concreto. Outros reduzem-nos aos famosos preceitos romanos: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Contudo, Tércio Sampaio assevera que não são normas, mas *princípios*. Argumenta que não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão.

Ao final, seu argumento é negativo porque sua aplicação(subsunção) - depende da técnica do silogismo. Além disso, “[...] os *princípios*, como eqüidade, têm no sistema uma função metalingüística”. Respondem pela estrutura de concretização do direito. Mas, não é fonte, no mesmo sentido das demais”. Tércio Sampaio Ferraz Jr., nesse caso, é claro, “[...] a expressão *fonte* cabe com maior propriedade às fontes legislativas”. Assim, distingue: “[...] a noção de fonte pertence à estrutura, não ao repertório [...] doutrina, *princípios* gerais do direito, eqüidade, analogia, pertencem à categoria ou conjunto de regras estruturais, e as fontes *stricto sensu*, como elementos do repertório, isto é, normas – origem do sistema (a lei, o costume, os atos negociais, a jurisprudência)”.

De tudo o que foi visto até aqui, não há dúvida de que os *princípios jurídicos* admitem vários significados, acepções²⁵⁵, como pondera Josef Esser²⁵⁶:

José. *Revista de Informação Legislativa*, v. 97, n. 7.

²⁵³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 2000. p. 67.

²⁵⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito* Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1994. p. 247.

²⁵⁵Assim, Teresa Negreiros, em precioso estudo sobre os *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do*

Basta una observación superficial para percatarse de que es muy heterogêneo el conjunto de cuestiones que incluimos entre los *principios* generales de derecho: consideraciones de la jurisprudencia y axiomas máximas propuestos por la doctrina. Se encontrarán, en efecto, *principios* didácticos y constructivos, ideas dominantes en un sistema jurídico nacional y *principios* abstractos en que se inspira una institución universal, *principios* que se derivan como ratio de los fundamentos vigentes del derecho, Y otros que han sido introducidos por la tradición, unos que han sido propuestos por la práctica jurisprudencial y otros que la estructura política ha proclamado obligatorios, *principios* materiales y *principios* heurísticos o técnicos de la aplicación del derecho, y finalmente *principios* generales que por definición informan todo derecho. De todo ello se deduce una idea muy clara: no es posible dar una contestación unitaria a la pregunta acerca de la naturaleza de estos *principios*.

“[...] Como regla general, podemos afirmar: donde existe un *principio* o cláusula general, la responsabilidad de dar forma a la regla recae sobre la jurisprudencia. Donde existen supuestos de hecho o acciones singulares, la práctica, al ampliarlos, obliga a la doctrina a dar una fórmula general que por su parte queda aguardando la limitación casuística”.

O *principio*, como regra absoluta, tem força superior a todas as demais, e por tais

Princípio da Boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, identificou, consultando o livro de Judith Martins-Costa e Genaro Carrió sete acepções de “princípio jurídico” “[...]. 1) de núcleo básico, ou característica central de algo; 2) de regra, guia, orientação ou indicação; 3) de origem ou causa geradora; 4) [...] as noções de finalidade, objetivo, propósito ou meta; 5) as idéias de premissa, ou axioma, ou verdade teórica postulada como evidente; 6) o sentido de verdade ética inquestionável e, finalmente, a idéia de máxima, aforisma, provérbio ou peça de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição”. p. 97 - 98. Segue, a autora, indicando outra relação ou acepções de princípios, referindo-se a Paulo Bonavides, com base na pesquisa realizada por Ricardo Guastini:[...] “[...] normas ou disposições legislativas que exprimem normas providas de um alto grau de generalidade; 2) normas providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam susceptíveis de aplicação a casos concretos; 3) normas (ou disposições normativas) de caráter programático; 4) normas (ou dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada; 5) normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num outro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações); e 6) normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis aos diversos casos)”.

²⁵⁶ ESSER, Josef. **Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Tradução esp. de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961 apud NEGREIROS, Teresa Negreiros. **Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 104 - 121.

motivos é lembrado em ocasiões em que falta justiça. Assim o foi com Antígona perante Creonte, em face da iniquidade de tornar insepulto o Tebano, seu marido.

No mesmo sentido, apelando, para normas superiores ao Direito Positivo, elaboraram os Ingleses obtendo a Magna Carta no ano de 1215, e mais tarde, a Declaração dos Direitos de 1689. O mesmo sentido de tais declarações encontra-se na Declaração de Direitos de Virgínia, no ano de 1776, frente às injustiças perpetradas pelos ingleses contra os colonos americanos. Desse modo, os *princípios*²⁵⁷, como tal, atuam e surgem, diante da injustiça, pois, se apoiam no Direito Natural, assim o homem tem direito à vida, (não matar). Direito à liberdade (*pacta sunt servanda*), e Direito à propriedade (não roubar).

Os princípios estão acima do Direito Positivo, e independem deste, sempre mutável, muitas vezes, são simples expressões de forças econômicas e partidárias, e vazias de valor ontológico.

O exemplo de princípio, vem de Protágoras e de Cícero.

Primeiro, de Protágoras, temos a resposta de Antígona a Creonte:

Nem eu considerarei
Seu decreto com força tão determinante
Que pudesse o homem mortal desdenhar o Código imutável e não escrito
do Céu;
Este não é de hoje nem de ontem,
Mas vive eternamente, tendo origem
Onde ninguém o sabe;
Cujas sanções seria temeridade minha
Aos olhos do Céu desafiar,
Por temer a vontade
De qualquer homem.

²⁵⁷ GUIMARÃES, Affonso Paulo. *O Direito Natural e o Estado de Direito*, 1978. p. 37 - 38.

Depois, Marco Túlio Cícero (105-43 a.c), em seu discurso na República²⁵⁸:

Existe realmente, uma verdadeira Lei, a reta razão, conforme com a natureza, difundida por todo o mundo, constante, eterna, que ordenando convida ao dever e proibindo afasta da fraude. Ela não manda e proíbe inutilmente aos bons, porém, seus mandamentos e proibições não movem os maus. Esta Lei não pode ser modificada, derogada e, muito menos, anulada. Nem pelo Senado, nem pelo povo romano podemos ser dela desvinculados.

Não é necessário buscar comentador ou intérpretes para explicá-la.

É a mesma em Roma e em Atenas, hoje e amanhã.

Como única, eterna e imutável governará todos os povos, em todos os tempos. Um só Deus será para todos o mestre comum e o legislador: ele é o criador da lei, o seu promulgador e o seu árbitro supremo; quem não lhe obedecer, a si próprio se afastará, em renegando sua própria natureza humana e sofrerá grandes tormentos, mesmo que consiga evitar os chamados suplícios. [...] Se os direitos fossem constituídos pela vontade dos povos, pelas decisões dos príncipes e pelas sentenças dos juízes, jurídico seria o roubo, jurídica seria a falsificação, jurídico seria supor a falsidade dos testamentos, sempre que se tivessem a favor os votos ou o beneplácito da multidão. E se o poder da opinião e da vontade dos néscios é tal que estes, com seus votos, preservam a natureza das coisas, por que não sancionam que se tenha por bom e salutar o que é mau e pernicioso ?“.

Isto posto, vimos que o termo princípio para alguns é uma proposição conhecida por si mesma. Para outros, no entanto, têm significado, por exemplo, de ponto de partida, de fonte, de *Direito Natural* ou de *Princípio Geral de Direito*.

2.b) Conceito de Norma Jurídica

Para alcançar o fim pretendido - conhecer a “Boa-fé objetiva na Jurisprudência

²⁵⁸ Apud, GUIMARÃES, Affonso Paulo. *O Direito Natural e o Estado de Direito*, 1978. p. 37 - 38.

do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina”- deve-se estudar um pouco da norma jurídica, da sua essência, de sua classificação e de seus efeitos.

E para falar em norma jurídica é necessário falar da posituação do Direito. Em Platão, segundo Lafayette Pozzoli²⁵⁹, encontramos os germes do positivismo jurídico, na medida em que defende um direito positivo forte, emanado da autoridade competente e com poucas possibilidades de interpretação por parte dos usuários ou destinatários das leis.

De início podemos considerar as normas sob dois aspectos: o da jurisdição religiosa e temporal. Nesse sentido, Luciano Oliveira²⁶⁰, no texto: Tolerância, liberdade e democracia apresenta algumas questões a nossa consideração com as palavras do francês Pierre Bayle, contidas no livro Comentário Filosófico sobre as palavras de Jesus Cristo: obriga todos a entrar –1686, aponta a diferença do agir segundo a consciência:

É tão evidente que a consciência é uma luz que nos diz que tal coisa é boa ou má que não há ninguém que duvide dessa definição da consciência. Não é menos evidente que toda criatura julga que uma ação é boa ou má supõe que há uma lei ou uma regra dizendo respeito à honestidade ou à torpeza de uma ação; e, se não se é ateu, se se acredita numa religião, supõe-se necessariamente que essa lei e essa regra repousa em Deus: donde concluo que é a mesma coisa dizer: [...] minha consciência julga uma tal ação é boa ou má.

No tocante ao judiciário, Luciano Oliveira se vale do eminente autor inglês, John Locke, na publicação em latim, de 1689, *Carta sobre a tolerância*, apresenta a seguinte questão: “[...] mas, vós dizeis, que fazer se o magistrado ordena numa lei qualquer coisa que pareça ilícita à consciência de um particular?” A sua resposta

²⁵⁹ POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 40.

²⁶⁰ ANJOS, Marcio Fabri dos; LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). **Ética e Direito: um diálogo**. São Paulo: Editora Santuário Aparecida, 1996 p. 85 e 89. Alfonsianum. Instituto de Teologia Moral. (Teologia Moral na América Latina, 12). Luciano Oliveira cita trechos de John Locke do “Lettre sur la Tolérance. Paris. Quadrige/PUF. 1995. p. 49, 75.

tenta, num primeiro momento contemporizar: “Eu responderei que, se o Estado é governado de *Boa-fé*, e se as decisões do magistrado são verdadeiramente dirigidas ao bem comum dos cidadãos, isso acontecerá novamente”. Mas, logo em seguida, enfrenta a questão sem ambigüidades: “Se por acaso isso acontecer, eu digo que cada um deve se abster da ação que é declarada ilícita pela sua própria consciência e se submeter à pena que não é ilícito suportar”. Quer dizer:

enquanto teórico do poder, Locke sabe muito bem que nenhum governo pode depositar na consciência dos seus súditos a medida da obediência civil [...]. Mas o Estado Lockeano é, por definição, tolerante, liberal, sendo-lhe completamente estranho qualquer despotismo doutrinário e religioso. A liberdade de crença e de culto é, em *princípio*, ilimitada, e se eventualmente o magistrado edita uma lei que vai de encontro a uma prática religiosa qualquer, isso é feito não para perseguir a religião em si, mas em razão do interesse temporal: O bem público é a regra e a medida das leis.

Tomás de Aquino²⁶¹ sobre as leis apresenta as seguintes questões: o primeiro, a lei eterna; segundo, a lei natural; terceiro, a lei humana; quarto, a lei divina; quinto se há uma só lei ou muitas; e sexto, se há uma lei de pecado. Nosso objetivo é a lei humana, considerada como Direito Positivo.

As leis receberam desde a antigüidade romana o nome de direito²⁶² e modernamente identificou-se de tal forma o uso, que, hoje para alguns, a palavra direito, sem mais, entende-se como lei, ainda que seja, certo que de um modo mais preciso a lei recebe o nome de direito objetivo.

Conceituando a lei, Tomás de Aquino²⁶³ responde que a “Lei é uma certa regra e medida dos atos enquanto alguém se leva por ela a atuar, ou por ela se abstém de uma ação; pois a lei vem de *ligar*, porque obriga a atuar”. Apresenta 5 (cinco)

²⁶¹ AQUINO, S. TOMÁS. *Tratado da Lei*. Tradução de Fernando Couto. Porto. Porto, Lisboa: Resjurídica, [19--]. p. 13.

²⁶² HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao Direito Natural*. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto: Resjurídica, 1990. p. 108.

²⁶³ SÃO TOMÁS. *Tratado da Lei*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjurídica, [19--]. p. 5, 6, 7.

razões do mencionado conceito: primeiro, “[...] a regra e medida dos atos humanos é a razão”; segundo, “[...] é próprio da razão determinar um fim, e isto, segundo Aristóteles, na sua ética, livro 7, cap. 8, é o primeiro *princípio* dos atos”; terceiro, “[...] em todo o gênero de coisas, aquilo que é *princípio* é a medida e a regra de tais coisas”.

“Finalmente que a lei não se estabeleceu para um bem privado, mas para utilidade de todos os cidadãos”.

Prossegue Tomás de Aquino, argumentando que o primeiro dos ditos *princípios* na ordem das operações que pertencem à razão prática, é o fim último “E o fim último da vida humana é a felicidade ou gozo [...]”. “Logo, é necessário que a lei antes de tudo se dirija à ordem da felicidade. Conclui com Aristóteles, ao definir o legal, que há de referir-se à felicidade e à comunidade política. Assim, justifica, na Ética, livro 5, cap. 1 “Chamamos coisas justas legais àquelas que se dirigem a promover ou conservar a felicidade, ou os meios para ela, na comunidade política”. Concluindo, pondera: “[...] dirigindo-se a lei ao bem comum, qualquer outro preceito sobre atos particulares não tem razão de lei se não se ordena ao bem comum”.

A classificação das leis realizada pelo Professor Affonso Paulo Guimarães²⁶⁴ parte dos escritos de Tomás de Aquino, noutro sentido, porém, valoriza igualmente, a razão, a pessoa humana, “[...] por reconhecer que o homem, com sua inteligência, cria o Direito”.

Assim, primeiro temos a *lex aeterna*; depois a *lex naturalis*; a seguir a *lex positiva*, que se desdobra em lei divina (*decalogum*), e lei humana. Esta por sua vez se desdobra em *Legislatio eclesiástica* (*jus canonicum*) e *Legislatio Status*, e esta por sua vez, também se desdobra em *Legislatio Civilis* (civil e Comercial), *Legislatio Penal* (legislação Penal).

Sustenta a mutabilidade das leis positivas que atendem historicamente às circunstâncias de tempo, espaço, povo, e à defectibilidade da pessoa humana.

E conclui afirmando que, o Direito é “a ciência retri de todas as ciências sociais e

²⁶⁴ GUIMARÃES, Affonso Paulo. *O Direito Natural e o Estado de Direito*, 1978. Obra citada. p. 67.

não apenas sua secreção estatal”.

Hobbes(1588-1679)²⁶⁵, apresenta um Direito Natural autônomo, criação do homem”. Assinala este que o estado natural do homem é o “*bellum omnium contra omnes*”. Nesse sentido, “[...] aproveita o pensamento do comediógrafo latino Plauto, ‘*homo homini Lupus*’ “. Daí que “[...] o estado permanente de medo à morte violenta levou os homens a substituí-lo por uma ordem jurídica contratual. Mas como a lei não reforma a natureza humana, o contrato social não basta. Impende transferir todos os direitos individuais ao poder político do soberano²⁶⁶”.

Assim, o Direito Natural, para Hobbes, se opõe à Lei Natural. A lei Natural emana da Lei Eterna de Deus. Assim, finalmente, assinala o mesmo autor que em Hobbes: “[...] há o início da desintegração da unidade jurídica medieval, e surgem as bases para o individualismo dos nossos dias”.

Contra o individualismo, Alceu Amoroso Lima²⁶⁷ lembra que o Conceito Medieval de Direito considerava a comunidade como a fonte jurídica por excelência, da qual a maior, a mais rica era o costume: “Da natureza da sociedade emanava a sua própria lei. Assim na vida social, na vida familiar, nos interesses do Estado e do bem comum”. Afirma que: “[...] se a supremacia do Direito era a base da sociedade medieval, é que o Direito não lhe era imposto e sim dela nascia. E o Direito era tudo menos essa expressão de individualismo”.

Estas são as bases do Direito Integral, que se encontra nos escritos de Tomás de Aquino, com as origens da norma, da lei, do Direito (cf. Súmula Teológica, 1iae., 1iae., qu. 90, artigo1, ad. 3).

²⁶⁵ GUIMARÃES, Affonso Paulo. *O Direito Natural e o Estado de Direito*, 1978. Obra citada, p. 67 - 68.

Assim, na p. 63: “A lei faz o rei e lhe pauta os atos. Ao tirano se opõe o príncipe. A lei é superior ao Estado. Não tem guarida, aqui, o panteísmo jurídico, segundo o qual o Estado é órgão e função simultaneamente do direito, constituindo-se o criador do Direito. O Direito não é individualista, mas insere o homem na sociedade. O Direito é o fundamento do organismo social. Nasce espontaneamente da própria natureza racional, social e moral do homem. Duas são as fontes de onde brota o Direito Positivo: O Direito Natural e o Costume. Esse só será quando não se opuser àquele”.

²⁶⁶ GUIMARÃES, Affonso Paulo. *O Direito Natural e o Estado de Direito*, 1978. Obra citada. p. 12 - 13.

²⁶⁷ LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Agir, 1961. p. 74 e seguintes.

Também o Professor Affonso Paulo Guimarães, sobre o Direito integral²⁶⁸, assim se expressa:

A razão recebe da vontade seu poder de agir, pois quando se quer os fins a razão prepara os meios. Mas para que a vontade que ordena tenha a natureza de uma lei, precisa estar de acordo com alguma regra da razão. Nesse sentido deve ser compreendida a sentença de que a vontade do soberano tem força de lei; de outra forma seria a vontade do soberano uma iniquidade, e não uma Lei.

Apresenta ainda três argumentos:

O primeiro, que o direito se torna assim não por obra arbitrária, da vontade mas obra integral da razão, tanto na lei positiva, como na lei natural, e, finalmente na própria lei eterna, expressão da Razão Divina, governando todas as coisas para o bem;

segundo, que essa supremacia do Direito respeita a mutabilidade das leis positivas, enquanto subordinadas às circunstâncias, integrando-se harmoniosamente, Direito e Moral;

e terceiro, que os argumentos anteriores formam o conceito de Direito Integral do Direito, na sua fonte Medieval mais pura, antes das deturpações do pensamento filosófico e jurídico, na própria Idade Média, com os nominalistas²⁶⁹.

A crítica de Alceu Amoroso Lima está no fato de que “[...] os nominalistas reduzindo a um nome, transformando a vida moral, a vida jurídica em domínio do acaso, equiparando a necessidade e a contingência, convertendo o Bem e o mal em palavras, tornando-os dependentes apenas da Vontade, divina, ou humana, e

²⁶⁸Conferir, LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. Obra acima citada, 1961. p. 67 e seguintes.

²⁶⁹LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Agir, 1961. p. 111 e seguintes. “Duns Scot foi o primeiro a sustentar, contra Santo Tomás, uma doutrina que ia ser fonte de todo o relativismo jurídico. É o que chama de voluntarismo legal. A Lei, para Scot, não é produto da inteligência divina e sim da vontade de Deus. Scot exagera tanto o papel da vontade humana, como o da vontade Divina. A vontade humana, para ele, não depende nem da sensação, nem do pensamento. É uma determinação arbitrária da autonomia humana”. Em nota de rodapé, n. 1 (apud Georges de Lacarde, *Recherches sur L'esprit Politique de la Réforme*, p. 29) estabelece a sutil diferença: “O Direito que vinha de Deus, todos nisso convinham, mas existia na razão do legislador ou na sua vontade? O problema não é uma pura sutileza. Aceita-se o primeiro sistema? Reconhece-se ao direito uma necessidade absoluta, pois os conceitos da razão divina são imutáveis e eternos. Caso nos inclinemos pelo segundo sistema, torna-se o Direito uma qualificação

não mais da Razão”.

Dos filósofos do mundo moderno que a exemplo de Alceu Amoroso Lima, repensaram sua posição em face do Direito Positivo e do Direito Natural contra o individualismo, vale citar²⁷⁰ Gustav Radbruck, da Universidade de Heidelberg, que ao final da sua vida abre-se ao jusnaturalismo, chegando a empregar a expressão *Direito Natural* no sentido de: “[...] acentuar com vigor a sua nova crença, a que não é estranho um certo *pathos* metafísico e religioso, num *princípio* normativo de legitimidade absoluta como fundamento e limitação de todo o direito positivo e do Estado”.

Numa posição intermediária, porque explora o “Direito Natural” e o espaço que medeia entre a lei positiva vigente e a alteração da referida lei, Renato Cirell Czera²⁷¹, ao comentar uma das estrofes de Fausto conclui com estas considerações:

O outro, o *direito que nasceu conosco* é, ao contrário, encarado em certo sentido como o direito justo, e talvez tenha profundas relações com o *direito natural*, considerado como o direito racional, o direito inato à razão humana. O direito positivo, ao contrário, é aí considerado como uma obra de juristas, e parece bem identificar-se, pelo menos por ser tratado com o mesmo sarcasmo, com aquela *Juristerei*, com aquela *Juris-sabença*, à qual Faust se refere em seu primeiro monólogo.

Prossegue,

A Lei que se reproduz como uma eterna moléstia longe de ser considerada como expressão da ordem objetiva que protege e coordena, se não condiciona, o *direito subjetivo* inato (como queria o poeta), parece o seu

arbitrária que Deus concede ou retira de nossos atos, a seu bel-prazer. Foi essa a opinião dos nominalistas”

²⁷⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução e Prefácio de L. Cabral de Moncada. Arménio Amado. Coimbra: Sucessor, 1979. p. 11.

²⁷¹ Cf. CZERNA, Renato Cirell. **Direito e Comunidade**.: Ensaio de Filosofia Jurídica e Social. São Paulo: Saraiva, 1965.. p.5. Transcrevo a seguir a estrofe referida: “Eu sei o que se dá com esta ciência. As leis e os direitos se reproduzem como uma eterna moléstia. Arrastam-se de geração em geração. E suavemente vão de um lugar para outro. Razão torna-se contra senso, o benefício praga daquele direito que nasceu conosco, infelizmente nunca se houve falar.

maior inimigo, é o arbítrio, é mera forma abstrata, requer obediência à letra, e não procura conciliar-se com as circunstâncias humanas, oposta que é à espontaneidade do direito vivo, inimiga que é do direito 'humano' que força rigidamente dentro de seu esquema. Aliás, quanto à imperfeição do *direito positivo*, poder-se-ia, desde já, considerar, com Mircea Djuvara que ele é um produto real do pensamento humano, e não o pensamento mesmo.

Em síntese²⁷²:

[...] a idéia do Direito não se refere a um sistema de direito positivo, nem é só o conceito lógico de direito, como síntese daqueles caracteres a priori que fazem com que o direito seja direito em todos os tempos e latitudes. Não é só em função de seu conceito lógico *stricto sensu* que é o direito tal. Por outro lado, o ponto de vista lógico e o ponto de vista ético – o que diz mais respeito ao conteúdo concreto de cada ordem jurídica – não constituem dois campos inimigos e inseparáveis, mas estão unidos, um em função do outro, num todo que os transcende e os condiciona. A idéia de Direito, por ser este todo, não se identifica com o conceito lógico universal, digamos assim, do Direito, nem só com o seu aspecto ético. Ambos são momentos daquela, a qual é a síntese de ambos, representa o dever jurídico e de certa maneira coincide, *lato sensu*, com a idéia de Justiça.

Estas considerações iniciam um processo de crítica ao individualismo no Direito, e o prenúncio do retorno aos valores da pessoa humana, do Direito Integral, como veremos adiante. Benjamin²⁷³, nesse sentido, se refere à Constituição de 88, e ao Direito do Consumidor. Aquela, de natureza Welfarista. Conclui observando, “É a fisionomia humanista que informa todo o Direito do Welfare State”. Podemos considerar como um paradoxo, ou de resistência legal contemporânea ao

²⁷²CZERNA, Renato Cirell. *Direito e Comunidade*.: Ensaio de Filosofia Jurídica e Social. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 6 - 7.

²⁷³No artigo: BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcelos. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 41, abr./jun. 1998. Edição Especial. Serviços no Mercado Global. In: Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, IV. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. p. 41.

individualismo, o Direito do Consumidor, no mundo que por todos é distinguido como neoliberal.

Ao tratar das Leis em Geral²⁷⁴, Montesquieu nos diz que: “As leis, na sua significação mais extensa, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres possuem suas leis: a divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, o homem possui suas leis”. Sua classificação das leis é bem mais extensa. Parte do fato de que os homens são governados por diversas leis, que assim enumera²⁷⁵:

[...] pelo direito natural; pelo direito divino, que é o da religião; pelo direito eclesiástico, também denominado canônico, que é o da fiscalização da religião; pelo direito das gentes, o qual pode ser considerado como sendo o direito civil do universo, o sentido de que cada povo representa um cidadão; pelo direito político geral, o qual tem por objetivo essa sabedoria humana que fundou todas as sociedades; pelo direito político particular, o qual se relaciona a cada sociedade em particular; pelo direito de conquista, fundado sobre o motivo de um povo haver querido, haver podido, ou haver devido praticar violência contra um outro; pelo direito civil de cada sociedade. Mediante cada cidadão pode defender os seus bens e a sua vida contra qualquer outro cidadão; e finalmente, pelo direito doméstico, que provém do fato de uma sociedade ser dividida em diversas famílias, as quais necessitam de um governo particular.

R. Limongi França²⁷⁶ diz que, entre os povos que desconheciam a linguagem escrita: “[...] a forma fundamental de expressão do direito é o costume”. Modernamente, ao invés, “[...] a lei, ou a norma jurídica escrita, de caráter geral, é a precípua das formas de expressão do direito positivo”.

A lei, para R. Limongi França, é “um preceito jurídico escrito, emanado do poder

²⁷⁴MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, [19--]. p. 41. (Coleção Universidade de Bolso).

²⁷⁵Montesquieu. *Do Espírito das Leis*. Obra citada. p. 331.

estatal competente, com caráter de generalidade e obrigatoriedade”. Lembra²⁷⁷, citando Tomás de Aquino, que as leis, “[...] quando injustas, não constituem leis, mas corrupção de leis”.

R. Limongi França²⁷⁸ adverte que “Tomás de Aquino não é um teocrático, mas o grande mestre da Doutrina do Direito Natural”. Na sequência, R. Limongi França (p. 566 - 567) conceitua Direito natural: “O Direito Positivo não é, por si só, suficiente para impor-se às consciências humanas, mas depende da observância de um *princípio* superior, o *princípio* da Justiça, para que possa perdurar e fazer-se respeitar. Portanto, o Direito natural parece não ser, em suma, mais do que isto: o *princípio*, por cujo imperativo as leis que o desatendem são injustas”.

O século XIX marcou a história da codificação do mundo ocidental²⁷⁹, quem sabe em busca da segurança do Direito escrito, sob o influxo do racionalismo, pelo “Código de Napoleão”, tendo como intérpretes Blondeau e Bugnet, na defesa da lei como fonte exclusiva do Direito, lembrando o movimento à meditação liberal constitucionalista e ao *princípio* da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*). Colhem-se os frutos dos *princípios* contidos no “*Dei Delitti e delle Penne*” (1776) de Cesare Beccaria: lei escrita pelo legislador e a obediência do magistrado ao conteúdo da lei.

Mostrando que a Teoria da Vontade se sustenta na fé da palavra dada, e que está ligada ao *princípio* da autonomia da vontade e que constitui uma regra de moral

²⁷⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61 e seguintes.

²⁷⁷ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, 1980. Obra acima citada. p. 65.

²⁷⁸ FRANÇA, R. Limongi. Direito natural e Direito Positivo. *Revista dos Tribunais*, [S.l.], ano 51, p. 553, 555, jan. 1962. Mais: classifica o Direito Natural em cinco fases: a) a do Direito Natural na Filosofia Clássica; b) a do Direito romano; c) a do Pensamento Medieval; d) a do Jusnaturalismo, ou escola do Direito Natural, dando azo ao aparecimento do Positivismo Jurídico; e) a da Volta ao Direito Natural. Justifica assim sua posição em relação a Santo Tomaz: “Mas é na Escolástica, com a celebração genial de Santo tomaz de Aquino, que o conceito de Direito Natural veio atingir um desenvolvimento, cujas noções puderam resistir até nossos dias, constituindo os pilares sobre os quais se pode edificar uma ciência jurídica que, sem perder de vista a realidade externa dos fatos, não fizesse abstração dos juízos de valor, propiciando assim a restauração e o aperfeiçoamento da concepção integral, e, por isso mesmo, realista e verdadeiramente científica do Direito. Mais adiante completa: “Por outro lado, a lei humana, que em Santo Tomás toma sentido de lei positiva, embora, para ser tal, deva derivar da lei natural, não pode ser a mesma para todos, por causa da múltipla variedade das coisas humanas, *propter multam varietatem rerum humanarum*.”

²⁷⁹ BRAGA, Fernando. Da Codificação à Lei Civil Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 126. P. 183, abr./jun. 1995.

social, Antônio Junqueira de Azevedo²⁸⁰ traz de Georges Ripert, o seguinte:

Para afirmar a onipotência da vontade humana, criadora de obrigações, o Código Civil emprega, no artigo 1.134, a expressão mais enérgica que se pode encontrar: ‘as convenções legalmente formadas fazem lei entre as partes’. Para quem se lembra do culto à lei durante o período revolucionário, a fórmula parece singularmente forte. Para se chegar a essa concepção da vontade soberana, foi preciso que, na obra lenta dos séculos, a filosofia espiritualizasse o direito, para libertar a vontade pura, das formas materiais pelas quais ela se manifesta, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundamentando nele a própria sociedade, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados, livremente debatidos, com o bem público. Então, pôde reinar a doutrina da autonomia da vontade, que é simultaneamente o reconhecimento do exagero da onipotência do contrato .

A norma, consoante Rudolf von Jhering²⁸¹: “[...] representa um segundo elemento da noção de direito. Contém o lado interno do direito, do qual a coação é o lado externo”, [e] “uma disposição de natureza prática, isto é, rege as ações humanas”. Afirmar que “[...] toda norma é um imperativo – “ordena e proíbe”, [por isso, para ele], “[...] o imperativo supõe uma dupla vontade; a natureza não conhece imperativos. O imperativo pode traçar um modo de proceder em um caso

²⁸⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 94 - 95. Cita RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4. ed. Tradução de Antonio Junqueira de Azevedo. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. p. 38. Estabelece assim a diferença do papel da vontade no Direito Alemão e Francês: “O sistema francês, que dá importância fundamental à pesquisa da intenção, admitindo outras regras apenas como adinículos para a procura da vontade real; e b) o sistema alemão, que distingue entre negócios jurídicos em geral e contratos (e negócios patrimoniais análogos), predominando, para a interpretação dos primeiros, a intenção, e admitindo-se, para a interpretação dos segundos, em posição, a pesquisa da vontade real e o atendimento às exigências da *Boa-fé*, aliada aos usos e costumes”. Sobre a vontade no Direito brasileiro, Antonio Junqueira, na mesma obra (p.112) traz a posição de Clóvis Beviláqua, sobre a interpretação do artigo 85 do Código Civil: “Este preceito é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito do ato jurídico. Afirmar que a parte essencial ou nuclear do ato jurídico é a vontade. É a ela, quando manifestada de acordo com a lei, que o direito dá eficácia”.

²⁸¹ A evolução do Direito (Zweck im Recht) vertido da tradução Francesa de Meulenaere–Conselheiro da Relação de Gand por Abel D’azevedo. JHERING, Rudolf von. **A evolução do Direito**. Tradução Francesa de Meulenaere por Abel D’azevedo. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & Cia, [19--]. p. 227. Título original: Zweck im Recht

determinado ou prescrever um tipo de ação para todos os casos de uma certa espécie [...]. “É que faz distinguir os imperativos concretos e abstratos”. E, conclui: “[...] a Norma é, pois, o imperativo abstrato das ações humanas”; [que a] “[...] ordem moral do mundo é regida por três espécies de imperativos abstratos deste gênero: os de direito, os da moral, e os dos bons costumes, e o fim social constitui o seu caráter comum; [que] para a moral e para os bons costumes, é a Sociedade que os estabelece e os realiza. Quanto aos do Direito, é ordinariamente o Estado que os estabelece, e é ele que os realiza”.

Javier Hervada²⁸², pondera que entre os homens a força é substituída pelo ditame da razão (que é o que propriamente chamamos, em sentido geral, Lei. O homem, para ele, diferentemente do animal (irracional), possui-se a si mesmo (pessoa) e domina as coisas em seu redor, que, quando passam para o seu domínio, são verdadeiramente suas. Conclui, que a pessoa possui o seu ser e possui coisas, de modo que ao atacar esse domínio domina o seu estatuto ontológico. Daí que para ele, o Direito não é força, é dívida, não depende da força, mas da índole pessoal do homem. Diz, ainda, que a força sem direito é violência, injustiça.

A lei determina, proíbe. Del Vecchio²⁸³ inicia a classificação das normas, citando Modestino, *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire* (Dig. I,3,fr.7). Classifica as normas em: preceptivas e proibitivas. Para ele, “[...] preceptivas são as normas que impõem o cumprimento de atos determinados; proibitivas aquelas que impõem a sua omissão, embora sempre correlativamente com a esfera das

²⁸² HERVADA, Javier. *Crítica Introdutória ao Direito Natural*. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto: Resjurídica, 1990. p. 57. Anteriormente, Javier Hervada, obra citada, p.55 explica seu entendimento de direito e pessoa: “A capacidade e ato de domínio fundamentan-se na condição de pessoa, própria do homem. O fundamento do direito – de todo o direito – e em consequência o fundamento da justiça, assenta no fato de que o homem é pessoa. O que é ser pessoa? Uma pessoa é um ser intensamente – de tal maneira ser – que domina o seu próprio ser. Por isso, a pessoa sui iuris, dona do seu próprio ser. O próprio domínio – na sua radicalidade ontológica – é o distintivo do ser pessoal e o fundamento da sua dignidade”.

²⁸³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Tradução de António José Brandão. António Amado. Coimbra: Sucessor, 1979. p. 383. Mais adiante, p. 387, Del Vecchio fala sobre outra classificação das normas pertencentes a doutrina comum: normas jurídicas taxativas e normas dispositivas. As taxativas, igualmente chamadas de normas *cogendi* ou *ius cogens*, são pela doutrina corrente descritas como aquelas que impõem um comando independentemente da vontade das partes, de sorte que não é lícito derogá-las, que absoluta, quer relativamente, no tocante a certo fim perseguido por elas; a este propósito, costuma-se citar a máxima: *ius publicum privatorum pactis mutari nequit*”.

ações de outros sujeitos”. Argumenta que: “[...] esta classificação é filológica, e que o mesmo comando pode receber a forma: preceptiva ou proibitiva (positiva ou negativa)”. Assim, o “[...] dever positivo no Direito é sempre dever genérico de obediência, de subordinação ao ordenamento jurídico”;

[...] tal dever, em certos casos, como, por exemplo, o serviço militar, o dever de prestar alimentos, o dever de prestar assistência às pessoas feridas ou em perigo, o dever de prover ao seguro dos operários contra os desastres do trabalho, o dever dos navegantes correrem em auxílio do navio em perigo; [...] que o Direito não tem caráter meramente negativo.

Conclui que, em ambas as espécies de normas - as preceptivas e as proibitivas – há evidente caráter imperativo. Estas são normas primárias, autônomas, ou seja: normas que diretamente exprimem uma regra obrigatória de operar.

Tércio Sampaio Ferraz²⁸⁴ reconhece a dificuldade de determinar o que é lei. Alerta para a confusão que se faz entre lei e norma. Esta, para ele é prescrição. A lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Assinala que a lei é fonte de direito, isto é, “o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica”. Dá como exemplo que a determinação: “o segurado pagará o prêmio que estipulou no ato de receber a apólice” pode ser uma cláusula de uma proposta oferecida pelo corretor de seguros ao cliente ou pode vir prescrita em lei (vide artigo 1.449 do Código Civil: “Salvo convenção em contrário, no ato de receber a apólice pagará o segurado o prêmio, que estipulou”). Conclui argumentando que no primeiro caso, a prescrição não é lei, é apenas um enunciado prescritivo que faz parte de um negócio que está sendo discutido. No segundo caso, a prescrição tem caráter de norma jurídica legal e este caráter deriva do revestimento na forma de lei.

Sob outro aspecto, Norberto Bobbio²⁸⁵ vê a origem das normas, ou, como diz, o

²⁸⁴ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 232.

²⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Icone, 1995. p. 161 - 162.

significado das fontes do Direito, como sendo “[...]aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”. Estas “[...] integram o ordenamento jurídico como um todo”. Sua validade “[...]está no fato de existir juridicamente, se foi produzida por uma fonte autorizada, ou, se remonta a um dos fatos ou atos competentes ou capazes, segundo o ordenamento, de produzir normas jurídicas”.

O ordenamento, para ele: “[...]não contém apenas normas que regulam o comportamento dos membros da sociedade, mas também normas que regulam a produção jurídica, ou seja, normas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos (temos então uma regulamentação da regulamentação”. Assim, conclui: “[...] a doutrina estabelece duas categorias de regras: de comportamento e de regras de estrutura ou de organização”. É o juspositivismo, cuja doutrina se baseia no *princípio* da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei), sobre todas as outras.

O Professor A . L . Machado Neto²⁸⁶, diz que norma é o gênero do qual as leis, regras, regulamentos, são espécies. Para ele: “[...] a norma é um juízo de dever ser ou juízo capaz de pensar a conduta como liberdade”. Diz que as normas não se encontram soltas, mas mutuamente entrelaçadas. Conclui afirmando que sem mencionado entrelaçamento não se poderia falar em sistema, de ordem ou ordenamento jurídico.

As normas jurídicas podem ser classificadas de diversos modos. Tudo depende do critério a ser utilizado. O critério adotado pelo Professor L. Machado Neto²⁸⁷ segue o modelo clássico dos romanos. Parte do *jus cogens* e do *jus dispositivum*. Integram o *jus cogens* as “[...] normas que trazem uma disposição independente da vontade das partes. Estão, nesse caso, as normas de Direito público, e, no

²⁸⁶ MACHADO NETO, A . L . *Teoria Geral do Direito* . Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 46, 47, 76.

²⁸⁷ MACHADO NETO, A . L . *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 146.

direito privado, todas as disposições consideradas de ordem pública²⁸⁸. São consideradas *jus dispositivum*²⁸⁹ as normas cuja disposição é apenas interpretativa ou supletiva da vontade das partes”. Cita, como exemplo²⁹⁰ de *jus dispositivum* de caráter interpretativo, o artigo 1.166 do Código Civil: “O doador pode fixar prazo ao donatário para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”. O *Jus dispositivum* de caráter supletivo da vontade das partes encontramos na norma contida no artigo 258 também do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal”. Ou seja: se os cônjuges estabelecem por convenção antenupcial determinado regime de bens, este – caso não inquinado do vício da nulidade – regerá as relações econômicas entre os cônjuges. A vontade das partes foi lei. Caso essa falte, o disposto no artigo, ou seja, a adoção do regime de comunhão universal supre a manifestação da vontade das partes.

A respeito dos modelos teóricos da norma jurídica, Tércio Sampaio Ferraz Jr.²⁹¹ encontra três tipos:

[...] o primeiro deles, o modelo analítico, é aquele que, diante da complexidade do fenômeno, procura dominá-lo através de recursos sistemáticos, distinguindo o objeto de outros, classificando-o, descobrindo-lhe as estruturas imanentes, acentuando-lhe o caráter distintivo para poder revelá-lo na sua pureza. O segundo, o modelo hermenêutico, diante da mesma complexidade, se serve de instrumentos descritivos, subordinando a estes os recursos sistematizadores, procurando captar o objeto na sua

²⁸⁸ MACHADO NETO, A. L. . Obra citada, 1984. p. 146, de quem seguimos a classificação em questão, faz crítica severa ao modo de classificar em preceptivas ou proibitivas. Aponta como razão o fato de tal critério confundir o essencial com o accidental, pois que se examinarmos com rigor lógico, veremos que não há norma apenas proibitiva ou puramente preceptiva pela própria bilateralidade essencial do direito e pela interferência intersubjetiva de condutas em que consiste. O que pode ocorrer é a expressão gramatical da norma deixar-se fixar na proibição do ilícito ou, ao contrário, na estipulação do dever jurídico ou prestação. Mas sendo o direito “[...] essencialmente bilateral, logo se infere que uma norma que se limita gramaticalmente a proibir o furto, logicamente está facultando a todos o direito sobre seus haveres. Se outra, gramaticalmente, limita-se a estatuir que o devedor deve pagar em tais ou quais condições, logicamente se infere que o credor, dadas tais condições, está facultado exigir pagamento”.

²⁸⁹ MACHADO NETO, A. L. . *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 1984. p. 146.

²⁹⁰ MACHADO NETO, A. L. . Obra citada, 1984. p. 146.

²⁹¹ FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. A Norma Jurídica. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Teoria da Norma Jurídica: Um*

pertinência inseparável ao contexto dentro do qual, e só dentro do qual, é capaz de possuir um sentido. O terceiro, o modelo, posto diante da mesma questão, vale-se de recursos funcionais, subordinando a estes os sistemáticos e os descritivos, procurando captar o objeto pela função que ele desempenha no contexto. Por acentuar este aspecto funcional, denomina-o de modelo empírico. Não porque constitua uma descrição empírica dos fatos, mas porque se preocupa com o papel desempenhado pelo objeto numa situação dada, procurando dar-lhe condições de uma atuação melhor ou pior. Em linhas gerais, no primeiro modelo vê a norma como um objeto logicizado. No segundo a vê como o polo de uma relação. E no terceiro a encara como um processo decisório.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. adota o modelo acima para a teoria geral da norma. Seu conceito de norma jurídica²⁹² é o seguinte:

[...] as normas jurídicas são decisões. Através delas, garantimos que certas decisões serão tomadas. Elas estabelecem assim controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões. Embora isto não signifique uma redução da norma à norma processual, o ponto de vista pragmático não deixa de ressaltar este aspecto procedimental do discurso normativo. No exemplo que estamos analisando, podemos levantar uma série de alternativas conflitivas que envolvem decisões a tomar: ser preso ou não ser preso, legalmente ou ilegalmente, por autoridades ou por qualquer um. O objeto do discurso normativo, ou seja, o objeto da situação comunicativa, olhado do ângulo do comunicador normativo, não é propriamente o conjunto das alternativas, mas a decisão que, diante delas, deve ser tomada.

Do ponto de vista pragmático²⁹³, Tércio Sampaio Ferraz Jr. conceitua a norma jurídica como: “[...] a lógica deôntica costuma definir as *proposições normativas* como prescrições, isto é, proposições construídas mediante os operadores ou

Modelo Pragmático. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 7 e seguintes.

²⁹² FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. Obra acima citada, 1980. p. 15.

²⁹³ FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. Obra acima citada, 1980. p. 16.

funtores obrigatório, proibido e permitido, aplicados às ações”. [...] “As ações, diz-nos von Wright, são interferências humanas no curso da natureza. Se esta interferência é positiva – por exemplo, derrubar uma árvore –, trata-se de um ato”. “Se é negativa – por exemplo, não construir uma casa, temos uma omissão. “O conceito de omissão é mais complicado, na linguagem cotidiana não significa simplesmente não fazer, mas não fazer algo. Só omitimos aquilo que devemos ou estamos habituados a fazer”. “Von Wright fala, em suma, que as normas são compostas de um operador normativo (permitir obrigar), de uma descrição de ação e de uma descrição da condição de ação. O primeiro dá o caráter da norma (norma permissiva, de obrigação), o segundo, o seu conteúdo (atos e omissões), o terceiro, a sua condição de aplicação” .

Analisando a norma normativa como sistema, Tércio Sampaio Ferraz, a respeito do aspecto da noção de validade, invalidade, distingue dois tipos básicos: “[...] normas-origens e normas derivadas”. “Normas-origens são normas que guardam eventualmente, entre si, relações de invalidade, mas que, em si, não são nem válidas nem inválidas, mas apenas efetivas, conforme as regras de calibração do sistema”. Já as normas-derivadas são, “[...] em relação às suas normas-origens, normas válidas, podendo ser inválidas em relação a outras normas-origens; em si elas são efetivas ou inefetivas”. Enquanto a validade das normas-derivadas não depende da sua efetividade, as normas-origens dependem da efetividade das suas normas-derivadas. Ele explica que “[...] em validade e efetividade, haja certa independência e certa dependência”.

Nestes termos, para Tércio, normas origens são, por exemplo, as constituições (escritas), mas podem ser também costumes ou ainda atos paraconstitucionais, como os atos institucionais brasileiros.

[...] Explica que as normas - derivadas imunizantes são, por exemplo, leis, decretos, normas costumeiras. Normas –derivadas imunizadas são, em geral, as chamadas normas individuais, que entretanto, como dissemos, podem assumir, no sistema, o caráter de imunizantes. Na verdade, uma norma puramente derivada imunizada é, no limite, uma norma *morta* no

sentido de que, no desenvolvimento das interações, não tem condições de imunizar nenhuma outra norma, sequer na forma marginal de constituir um elo na regularidade de decisões que, em nome de uma calibração do sistema, que aceita esta regularidade como critério de outras decisões, estaria contribuindo para uma certa imunização.

Podemos entender melhor o sentido que damos ao termo imperatividade, à imperatividade como calibração do sistema normativo e como fundamento da relação metacomplementar autoridade/sujeito, finalmente, a própria organização do sistema. Dissemos que uma norma tem imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento, independentemente do concurso ou da colocação do endereçado. Ou seja, ela torna rígida a relação estabelecida, dando-lhe os limites de variação, mas garantindo-a contra eventuais desqualificações, mesmo à custa de uma coerência lógica.

Para Tércio,

[...] a ideologia, isto é, a avaliação ideológica, através da qual podemos identificar a quantidade imperativa do sistema normativo, sendo metacomunicativa, constitui, portanto, por assim dizer, uma pauta de segundo grau, pressupondo a existência das próprias normas. Ela calibra o sistema normativo na medida em que só ela é possível determinar, numa situação dada, que tipo de efetividade deve possuir ele, como um todo, para que suas normas constituam cadeias válidas e, em consequência, que tipo de autoridade deve ser assumida como legítima.

Assim por exemplo, máximas do tipo: “[...] ninguém deve permitir-se obter proveito de sua própria fraude ou tirar vantagens de sua própria transgressão”, são inspiradas em considerações que tem fundamento em avaliação ideológica, com as que afirmam o primado universal da ordem, da justiça, enquanto valor social podendo decidir, em consequência, sobre a validade e efetividade de testamentos, contratos e outros atos, jurídicos, conformando-lhes, alterando-lhes, suprimindo-lhes a força obrigatória”. Tércio assinala que “elas não são dirigidas

diretamente aos relatos das normas, mas aos seus cometimentos, tocando, por isso, imediatamente na definição da relação entre editor e sujeito como metacomplementar”.

Tércio assinala, na obra acima mencionada, que do sistema normativo podemos discriminar, entre outros, os seguintes focos de significação da avaliação ideológica, enquanto responsável pela imperatividade vista como regulação do sistema:

- a) ela indica “propriedade fundamental núcleo básico”, “característica essencial” e se manifesta, por exemplo, pelo *princípio* da divisão dos poderes, na inamovibilidade dos juízes, na indissolubilidade do matrimônio etc.;
- b) ela estabelece, assim, guias ou orientações gerais capazes de expressar generalizações de redundâncias observadas na aplicação do direito, como, por exemplo, o *princípio* da ausência de responsabilidade sem culpa, o da boa – fé, o da responsabilidade objetiva, etc.;
- c) ela nos mostra as fontes geradoras, as causas, as origens, valorando diretamente certos juízos de valor reconhecidos, ligando-os, por exemplo, à “consciência jurídica popular”, ao “espírito do povo” etc.;
- d) ela determina finalidades, propósitos, metas do sistema, permitindo o controle da *mens legis* e sua interpretação;
- e) ela responde pela constituição de premissas, postulados, pontos de partida da argumentação jurídica, identificando certos requisitos que a ordem jurídica deve obedecer, como caráter geral das normas, a sua irretroatividade, sua clareza, não-contraditoriedade, a exigência de promulgação etc; fornecendo uma determinação das chamadas regras práticas de conteúdo evidente, regras éticas inquestionáveis. Os discursos normativos constituem sistema de controle de expectativas no sentido de que os comunicadores, ao falar, estão num processo

constante de imposição da definição das suas relações. A peça-chave desta definição imposta é a valoração ideológica, pois ela constitui não só uma explicação da razão por que certas expectativas de comportamento podem ser esperadas, mas também a razão pela qual estas expectativas são fundamentadas ou legitimadas. Quando alguém age conforme as normas, age sabendo ou acreditando que outros esperam dele esta ação. O fundamento ou legitimidade da ação, por sua vez, repousa na legitimidade da expectativa dos outros. E esta legitimidade é dada pela valoração ideológica.

Tratando sobre as classes das normas aplicáveis, José Puig Brutau²⁹⁴, valendo-se de Roscoe Pound, assinala a seguinte “[...] classificação das normas jurídicas”:

a) “regras em sentido estrito²⁹⁵, as quais aderem uma consequência precisa e detalhada a suposto fático (*fattispecie*) também preciso e detalhado”. Diz que a regra no sentido estrito – “é o tipo de norma que caracteriza os códigos primitivos”. Dá como exemplo o Código de Hamurábi, e exemplifica: “[...] se um homem livre golpeia a um outro homem livre, aquele pagará a este dez shekels de prata; do Direito Romano das XII Tábuas se dispõe que se o pai vender o filho três vezes, o filho se livrará do pátrio poder”;

b) “*princípios de direito*, ou pontos de partida para o silogismo jurídico, dotados de autoridade”. Citando Pound, diz que “os *princípios* são pontos de partida autorizados para o silogismo jurídico, que se empregam sempre, e com perfeita

²⁹⁴ BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AGE – Assessoria Gráfica, 1977. p. 173 - 174. (Coleção AJURIS, 5).

²⁹⁵ José Puig Brutau, partindo das regras no sentido estrito ou as *rules* conforme Roscoe Pound, não se confundem com o que “[...] chamamos de normas imperativas (*ius cogens*), em contraposição às supletórias (*ius dispositivum*). Conclui que a coincidência, que freqüentemente ocorre entre as regras de sentido estrito e o *ius cogens*, não nos deve confundir. Diz ainda que nada impede, por exemplo que uma norma de direito supletório (*ius dispositivum*) se expresse em termos de uma regra estrita. Dá como exemplo: quando o Código regula a indenização em caso de evicção, é certo que emprega regras de formulação estrita, isto é, que delimitam um suposto fático com precisão e, logo, lhe atribuem uma consequência identicamente precisa. Isto é, completa, não impede deixar-se ao arbítrio dos contratantes *aumentar* ou diminuir ou suprir essa obrigação legal do vendedor (artigo 1475, 3 do Código Civil espanhol)” Por oportuno, impende acrescentar a que para José Puig Brutau, a “[...] regra geral, é aquela realmente cuja tese de aplicação, permanece invariável, fundada inobstante em supostos de fato que na realidade quase nunca deixam de variar”. BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AGE – Assessoria Gráfica, 1977. p. 173 - 174. (Coleção AJURIS, 5).

legitimidade, quando os casos em debate não se encontram exatamente previstos pelas regras em sentido estrito”. Referindo-se à aplicação dos *Princípios Gerais de Direito*, José Puig Brutau²⁹⁶, nos diz referindo-se ao artigo 6º do Código Civil espanhol, que: “[...] a aplicação dos *Princípios Gerais de Direito* (a que se refere o art. 6 do nosso código) obriga o julgador, como já dissemos, a ser legislador do caso concreto, em legislador ocasional”. Contudo, o referido autor estabelece à p. 193 da obra citada que “[...] o *Princípio Geral* é o capitão, e as regras estritas são seus soldados”;

c) conceitos jurídicos²⁹⁷ (*conceptions*) ou categorias, igualmente autorizadas, nas quais podem ser subsumidos os casos ou situações em debate, para que deles se venham a predicar as conseqüências referidas à respectiva categoria; e d) *standarts*²⁹⁸ ou protótipos de conduta razoável, que o direito prescreve como alusão a uma fonte de conhecimento situada fora da norma”.

²⁹⁶ Aqui, José Puig Brutau se apóia em Lenhof, do seguinte modo: “[...] observa este autor que quando a função do juiz consiste em aplicar regras muito gerais ou que contenham expressões genéricas, tais como “razoável”, “excessivo”, “Boa-fé”, “intencionado”, “próximo” etc. o seu poder discricionário é, com efeito, quase ilimitado para fixar o conteúdo e o alcance de tais expressões. E isto supõe uma autêntica criação do direito, qualquer que seja o nome com que se a designe. São exatamente estas fórmulas amplas (broad formulations) que constituem o mecanismo gerador do novo direito. À base de regras gerais, que enchem as páginas dos códigos do Continente, tem se desenvolvido, através do direito dos juristas, que o autor já chamou a *equidade continental* (cf. Gutteridge, *Comparative Law*, Cambridge, 1946. p. 93 e ss). Mais adiante, se vale do célebre artigo 1.º do Código Civil Suíço, em cujo parágrafo 2 se declara que o julgador, à falta de lei ou costume, está obrigado a decidir “[...] selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur”. BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AGE – Assessoria Gráfica, 1977. p. 188 - 189. (Coleção AJURIS, 5).

²⁹⁷ Complementa José Puig Brutau: “Conceitos ou categorias, como quer POUND, que são obra principalmente dos escritores e professores de direito e que representam – poderíamos acrescentar – um dos mais notáveis pontos de contato entre o chamado Direito dos Juristas (*Juristenrecht*) e o Direito dos Professores (*Professorenrecht*). Poucas vezes, com efeito, devem-se eles ao legislador, o que nos traz a memória quanto dissemos acerca da improcedência de que os Códigos contenham definições. Inclusive quando o legislador os deixa formulados, os seus conceitos ou categorias procedem da doutrina jurídica”. BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AGE – Assessoria Gráfica, 1977. p. 195. (Coleção AJURIS, 5).

²⁹⁸ Prossegue José Puig Brutau: No standard, ao contrário, ambos os termos da equação legal somente se indicam com uns poucos traços, o suficiente para que saibamos, com a ajuda de critérios alheios à norma, quando nos encontraremos face a face com uma conduta capaz de qualificar-se como normal ou regular. O standard – como registra Julius Stone – exige que os tribunais valorem a situação concreta do caso em debate, para determinar-lhes as conseqüências, em lugar de resultarem estas da aplicação mecânica dum preceito. O legislador, no caso, deposita seu poder normativo nas mãos do intérprete sempre que este tenha de aplicar a determinadas situações uns standards, tais como os de *Boa-fé*, conduta razoável, justa causa, cuidado devido, etc. Em tais situações o juízo não pode evidentemente consistir na fórmula lógica de uma dedução, querendo, pelo contrário, uma decisão pessoal acerca da justiça que reclamam as circunstâncias concretas oferecidas pelo caso. [...] O Código Civil Espanhol fornece-nos vários exemplos desta classe de normas: “[...] quando a obrigação não expresse a diligência a prestar-se em seu cumprimento, exigir-se-á a que corresponderia a um bom chefe de família” (artigo 1.104, 2); e o mesmo se diz do gestor de negócios – que como um bom chefe de família diligencie no desempenho de seu cargo (artigo 1.889,1).” BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AGE – Assessoria Gráfica, 1977. p. 204 - 205. (Coleção AJURIS, 5).

Carlos Santiago Nino²⁹⁹, por sua vez, caracteriza a norma, segundo G. H von Wright - escritor finlandês -, o qual propõe uma classificação nos seguintes termos:

[...] que puede servir adecuadamente como hilo conductor en este tema. Advierte, al comenzar su exposición, que las que mencionará no son estrictamente subclasses de la clase general de las normas, lo que supondría que hay características comunes entre todas que harían a la definición del concepto de norma, sino más bien distintos de la palabra 'norma' – que es ambigua e imprecisa-, aunque estrechamente relacionados entre si.

Nestes termos, propõe a seguinte classificação: Normas principais: “a) Las reglas definitorias o determinativas [...] definen o determinan uma actividad. Exemplo: as regras dos jogos determinam o que é permitido e o que é proibido; b) Las directrices o reglas técnicas. Son reglas que indican un medio para alcanzar determinado fin”. Exemplo: as instruções de uso, como esta: “si quiere encender el televisor, presione el botón de la izquierda” ; e c) Prescripciones: as prescrições em geral. Estas, segundo von Wright, possuem elementos que as distinguem das demais:

“[...] emanan de una voluntad del emisor de la norma, a la que se llama autoridad normativa. Para dar efetividade a sua vontade, a autoridade atribui uma sanção ou ameaça de castigo”.

Ao lado das normas principais, Carlos Santiago Nino, nomela três categorias de normas secundárias: “a) Normas ideales: son normas que no se refieren directamente a una acción sino que establecen un padrón o modelo de la especie óptima dentro de una clase”. Exemplo: as normas para ser um bom professor, um bom advogado. Estas regras ideais mencionam as virtudes características dentro de uma classe; b) Os costumes: “Las costumbres son especies de habitos;

²⁹⁹SANTIAGO NINO, Carlos. **Notas de Introduccion al Derecho 1**: La definición de “Derecho” y de “ Normas Jurídicas”. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma Y Hnos, 1973. p. 41 e seguintes. Logo adelante, Santiago, enumera as características, ou os elementos que compõem as prescrições: 1. caráter; 2. conteúdo; 3. condição de aplicação; 4. autoridade; 5. sujeito; 6. ocasião; 7. promulgação, e 8. Sanção. p. 48.

exijen, pués, regularidad en la conducta de los individuos en circunstancias análogas”; e c) Normas morales. “Estas normas son muy difíciles de identificar y hay muy poca claridad sobre qué normas deben tornarse como morales”. Exemplo: “cumprir as promessas, honrar os pais”.

Por sua vez, Alejandro Bugallo Alvarez³⁰⁰, sobre a doutrina que formulou a teoria das fontes do direito, afirma que:

[...] a produção e a hierarquia das normas a doutrina tradicional formulou a teoria das fontes do direito, diferenciando-as em formais e materiais. As primeiras, tipificadas normalmente no ordenamento jurídico positivo, ficam reduzidas à forma de expressão e exteriorização que este em definitivo assume: lei, costume, jurisprudência. Neste sentido, a Constituição, entendida como a norma ou normas jurídicas positivas, determina o modo de produção de outras normas. Trata-se de uma decisão política que não explica as razões por que uns modos de produção são admitidos e outros são desqualificados. Na verdade, a Constituição pode estabelecer que a *potestas normandi* ou até em grupos sociais extra-estatais. Em ambas as hipóteses, a Constituição resolve um problema formal e de competência, sem no entanto dar uma resposta ao problema da gênese do direito, qualquer que seja o procedimento de formalização.

E conclui: “[...] desta forma a gênese da norma tem de ser analisada no contexto dos fatores dominantes do poder político, vale dizer, partindo da estrutura e estratificação da sociedade e dos fatores que determinam sua dinâmica. Entre estes fatores merece destacar-se o fator ideológico”.

Sobre a ordem jurídica e o Estado³⁰¹, conclui que:

a doutrina tradicional, que teve no naturalismo sua primeira formulação teórica, se consolidou com as teses da escola exegética e a sistematização teórica do positivismo jurídico formal, sobretudo através da tese da

³⁰⁰ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Reflexões para um Estudo da Norma no Direito Civil . In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). **A Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990. p.112.

identificação da ordem jurídica com o poder soberano do Estado.

Esta construção teórica viu-se favorecida por uma série de fenômenos político – sociais , entre os quais merecem ser destacados:

[...] o regime napoleônico, que conseguiu sua legitimação sobre a base de um estrito legalismo;

-a instauração e desenvolvimento do Estado prussiano, do qual procede a ênfase no Direito no Direito Administrativo e a própria teoria do estado formulada pela escola formalista. No *princípio* de legalidade ou submissão à lei está implícito o legalismo;

-a própria concepção do Estado Liberal de direito. O regime constitucional, surgido da revolução francesa, e a doutrina clássica liberal partem do *princípio* da soberania da lei, sem a qual não é compreensível o próprio conceito de constituição. Assim, o império da lei, entendido como expressão da vontade geral, é um dos postulados fundamentais do estado liberal de direito;

-na institucionalização do marxismo-leninismo, exprimindo-se no *princípio* da legalidade, de acordo com a resolução do VI Congresso extraordinário dos Sovietes sobre a exata observância das leis.

Sua conclusão é de que:

[...] atualmente tende a consolidar-se o pluralismo na teoria da formação do direito, devendo precisar-se que depois do pós-guerra, esta pluralidade de fontes fica polarizada no Judiciário como poder catalisador e concretizador das formulações teóricas e demandas prognosticadas pelos mentores teóricos daquelas. Vale dizer, os aspectos levantados pelos defensores teóricos da pluralidade de fontes são assumidos pelo judiciário em seu

³⁰¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Reflexões para um Estudo da Norma no Direito Civil Obra acima citada, 1990. p.114.

comportamento, de tal forma que ao lado da lei o judiciário vai assumindo um papel primordial. De fato, através da interpretação, o judiciário não só vai precisando e atualizando o conteúdo das normas, como também assumindo os questionamentos e contribuições da doutrina, incorpora ao ordenamento jurídico toda a dinâmica da sociedade e a formulação teórica da correlação entre o ordenamento jurídico e a sociedade explicitada pela doutrina.

Hermann Heller³⁰² classifica o *princípio* de modo *material* e de modo *formal*.

O modo material, formulando o conteúdo do *princípio* jurídico [refere-se aos *princípios* éticos do Direito, exemplifica citando os artigos 119 e 120 da Constituição de Weimar – monogamia e educação familiar – não estabelecendo com isso, um preceito jurídico positivo que pudesse servir ao juiz como norma de decisão]. Para Heller, são estes *princípios* que o senso comum reconhece como norma em seu espírito.

Já as numerosas normas [modo formal o legislador realiza uma remissão formal aos *princípios* jurídicos que imperam na sociedade quando, sem formular o conteúdo dos mesmos, se refere simplesmente aos bons costumes, à boa-fé, aos usos do comércio ou à equidade] para a decisão judicial compreendidas no direito de família do Código Civil sobre o matrimônio e a família lhe são desconhecidas. Diz que na prática, não são os preceitos jurídicos positivados [no Código Civil], mas os contidos na Constituição que ajudam a assegurar a ordenação da realidade social. Daí que para ele, o legislador autoriza o juiz, mediante “carta branca”, a concentrar em normas de decisões *princípios* jurídicos inicialmente só legitimados pela sociedade. Concluindo, assinala duas coisas: a primeira, a necessidade em que se acha a normatividade jurídica de ser complementada por uma normalidade social a que se dá valor de maneira positiva; e a segunda, a incapacidade em que se encontra para estabelecer, de uma vez para sempre, o conteúdo, historicamente mutável e na maioria dos casos, das normas sociais que complementam as jurídicas. Assim, para ele, o Estado só se justifica enquanto serve à aplicação e execução dos *princípios* morais de Direito.

Desta forma, vai-se tornando cada vez mais sensível e convincente a tendência a aceitar o Poder Judiciário como órgão criador do direito, considerando a norma judicial como norma em seu sentido pleno. Sua explicação quanto ao direito e à política, leva-o a concluir que a norma, num certo sentido, está impregnada de ideologia³⁰³.

E cita o seguinte: "Julien Freund precisa as relações entre direito e política, definindo o direito como a relação dialética entre a política e a ética". Com efeito, afirma:

[...] a noção dialética implica a preexistência da política e da moral, como condições de possibilidade da relação jurídica. Por outro lado, expressa e inclui o equívoco de que o direito participa da política e da moral sem se confundir com ambas. Desta forma, o direito é concebido como mediação, no sentido de intermediário, subentendendo-se que a dialética é filosoficamente a teoria da mediação. Isto quer dizer que, se o direito pode configurar-se como objeto de estudo autônomo, na realidade, em *princípio*, não existe a autonomia do direito, pelo simples motivo de que não se pode desvincular da moral, do *ethos* que intervém na constituição ou na legislação, e consequentemente na política de um Estado. Vale dizer, não se desvincula da concepção de vida que predomina numa sociedade, o que implica assumir o conteúdo axiológico que preside a dinâmica da própria sociedade.

Daí que a atividade do juiz acaba sendo criadora de norma, justificando, com as idéias de Puig Brutau, dessa forma³⁰⁴: "[...] a atividade do juiz é consequência da necessidade de adequação da norma legal à realidade social, que é dinâmica. Com efeito, a lei não contém todo o direito que a sociedade reclama a cada instante para a normalidade de sua vida. Consequentemente, cabe ao juiz, em sua

³⁰² HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 267, 303.

³⁰³ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Reflexões para um Estudo da Norma no Direito Civil. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990. p.122.

³⁰⁴ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Reflexões para um Estudo da Norma no Direito Civil Obra acima citada, 1990.. p. 128.

missão de interpretar a lei, desenvolver uma função verdadeiramente criadora”. Neste sentido se aproxima de Brutau: “[...] quando afirmamos que os juizes criam o direito apesar das disposições legislativas em contrário, não pretendemos proclamar que isto seja o mais conveniente, senão, de fato, é o que ocorre, e diuturnamente, acima de todas as preferências. Isto é, afirmamos uma realidade que se impõe com todo o rigor de uma lei natural (obra citada p. 8)”.

A convicção destas premissas leva Recaséns Siches a formular a tese de que:

a função judiciária é sempre criadora. Assumindo as críticas à concepção silogística da sentença, formulada pelo realismo americano bem como pelos reformadores do formalismo (Bobbio, Larenz, Engisch, [...]) tenta mostrar que a obra do juiz ou órgão jurisdicional administrativo, mesmo quando suas decisões se apoiam numa norma geral claramente expressada em lei, contém sempre uma função criadora.

Neste sentido, conclui Brutau:

[...] a tarefa dos juristas traduz-se num duplo esforço: de um lado, encontrar a solução justa para cada caso; e, do outro, referir a mais espontânea das soluções adotadas a uma doutrina geral derivada dos artigos do Código. Não se trata, com efeito, na maioria das vezes, de uma solução concreta deduzida de uma regra geral, mas pelo contrário, de uma regra geral deduzida da solução do caso, pois como ensina Stone, estão submetidos a prova, ao mesmo tempo, tanto o caso que se há de desenvolver, como o direito chamado a resolvê-lo (obra citada p. 22).

Finaliza concluindo sobre a função social do direito no mundo contemporâneo³⁰⁵: “[...] entre os *princípios* básicos que informam a nova ordem de coisas está a descoberta da dimensão e função social do direito. Conseqüência de uma visão mais interdependente de todos os membros e setores que integram a sociedade e

³⁰⁵ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Reflexões para um Estudo da Norma no Direito Civil. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990. p. 137.

sua interação”. Assinala que “[...] as codificações, seguindo o modelo do Código de Napoleão, ancorado na Declaração dos Direitos do Homem, baseiam-se numa concepção puramente individualista do direito. Esta implica uma concepção filosófica da pessoa humana, capaz de pensar e autodeterminar-se, construir seu futuro e determinar a história” .

A aplicação dos *princípios*, contidos no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, requer cuidados adequados, para que não se pratique iniquidades em nome da Justiça pelo uso inadequado do Direito. Nesse sentido já se manifestou Wieacker, ao tratar do uso da Boa-fé no clássico *“El Principio General de La Buena Fé”*: “es más bien declaración del legislador que critério seguro” , como se verá, melhor, adiante.

A preocupação é pertinente. Em nome do Direito, da Justiça e da equidade, muitos sofistas e sofismas se apresentam sob o manto da verdade. Contra tal modo de proceder, e em favor da ética muitos já se pronunciaram, como Sócrates, e Jacques Maritain³⁰⁶. Este assim se expressa:

Así, profesores ambulantes que buscaban honores y dinero, conferencistas, enciclopédicos, periodistas – si así les puede llamar-superhombres, o diletantes, los sofistas son todo, menos sabios o filósofos. [...] Lo que puede afirmar como característicos de todos, es que buscaron las ventajas de la ciencia, sin buscar la verdad. Quisieron las ventajas de la ciencia, en cuanto ésta significa para el que la posee poder y dominación, voluptuosidad intelectual. Bajo este aspecto, pasaban por racionalistas y sabios universales; para todos los problemas tenían explicaciones falsamente claras, y pretendían reformarlo todo, hasta las reglas de la gramática y el género de los sustantivos. Es decir, que la ciencia se disolvía entre sus manos; lo que en sus predecesores era simplemente falta de disciplina intelectual, fué entre ellos decidido propósito de hacer uso de los conceptos sin preocupar-se de sus

³⁰⁶ MARITAIN, Jacques. *Filosofia I* Tradução de F. Leandro de Sesma, O . C . Buenos Aires: Biblioteca

exigencias precisas y delicadas, sino únicamente por el gusto de confundirlos y revolverlos todos en una especie de prestidigitación intelectual: de ahí sus sofismas o razonamientos engañosos. Su moral era por el mismo estilo; declaraban convencionalismo arbitrario toda ley impuesta a los hombres, y la “virtude” que enseñaban, en último término, sea al arte de triunfar, sea a lo que los discípulos de Nietzsche llaman hoy “la voluntad de poder. [...] los sofistas guardaron el orgullo de la ciencia, habiendo perdido el amor de la verdad. Quisieron ser grandes por medio de la ciencia, despreocupándose a la vez de lo real.

Concluindo, Jacques Maritain assinala que foi Sócrates (469-399) quem salvou o pensamento grego do transe mortal posto pelos sofistas. Não cobrava pelo que ensinava. Enquanto os sofistas pretendiam saber tudo, porém não acreditavam na verdade, Sócrates aparentava ignorância, ensinava aos que o escutavam a buscar apenas a verdade. Para Sócrates a ética não é outra coisa senão a verdade demonstrada.

Para Machado Neto existem limites ao ato de aplicação da norma. Se a:

[...] avaliação ou conceituação jurídica³⁰⁷ da conduta fosse livre, o aplicador ou julgador estabeleceria a norma mediante a qual julgaria a conduta. Tal sistema representaria a absoluta insegurança vital, pois é fato notório a diversidade dos juízos sobre a justiça ou injustiça de cada fato de conduta. Assim, o mesmo fato de conduta seria diversamente julgado. Urge, portanto, que a valoração judicial esteja limitada por instâncias objetivas de valoração. Tais instâncias são as fontes de direito.

Pondera, ainda Machado Neto argumentando:

[...] se com a relação à justiça ou injustiça dos atos humanos ou outro qualquer valor atribuído ou negado a tais atos as opiniões são

Argentina. Club de lectores, 1945. p. 47 - 50.

³⁰⁷ MACHADO NETO, A. L. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

universalmente discordantes, a vida social não poderia prescindir de uma decisão unitária quanto ao jurídico. Se a justiça ou injustiça de determinada conduta pode ser discutida eternamente, sem que jamais se alcance uma solução unívoca e universalmente válida, a legalidade, ou melhor, a juridicidade desse ato, pela própria necessidade vital de sobrevivência do grupo, não poderia ficar ao sabor dos discordantes critérios subjetivos de valoração pessoal.

Referido Autor tem opinião segura sobre o trabalho do juiz e a integração da norma³⁰⁸: “[...] há casos em que a lei proporciona ao juiz apenas um critério ou orientação geral, tais os critérios de boa fé, bons costumes, atentado ao pudor, etc., em que o julgador terá de completar o sentido da norma através do preenchimento do conteúdo concreto que a comunidade atualmente atribui a tais conceitos genéricos”. Machado Neto diz que a atividade do juiz está fundada em uma série de Cânones que visam a aplicação da norma ao fato³⁰⁹ e, pois a conceituação jurídica da conduta como faculdade:

“a)O juiz não tem iniciativa de instância, mas há de agir provocado pelas partes ou pelo Ministério Público. Esse *princípio* admite algumas exceções, tal como se dá no caso do habeas corpus ex-offício para evitar que alguém continue em detenção depois de esgotada a pena”.

“b)O juiz deve julgar segundo a norma. Esse é o meio de ele lograr a valoração conceitualmente emocional”.

“c)A jurisdição é pública, i.é, só há jurisdição por efeito da lei. Tal *princípio*, só é universalmente aplicável aos povos modernos, não tem aplicação entre primitivos que ainda atravessem o estágio da vingança privada”.

“d)O Juiz não pode deixar de julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei”.

p.320

³⁰⁸ MACHADO NETO, A. L. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

p.250

³⁰⁹ MACHADO NETO, A. L. *Obra acima citada*, 1966. p.254.

“e)*Jura novit curia*, a cúria conhece os direitos: e nem se poderia supor o contrário já que ao particular não é permitido alegar ignorância de Direito”.

Além desses *princípios* norteadores da atividade jurisdicional, para Machado Neto há que considerar também, e especialmente, alguns expedientes técnicos de aplicação judicial: a) conceitos e definições; b) construções; c) presunções; d) ficções.

Retornando a questão da classificação das normas, outros há que classificam as normas como regras e *princípios* e a relacionam com mudança de paradigmas. Assim, Ricardo Fiuza³¹⁰ resenhou uma mudança do paradigma constitucional, como antes fez Hayek, quando estabeleceu, em sua obra *The principles of a liberal social order*, a essencial distinção entre as “[...] normas de conduta que permitem que o indivíduo use a própria diligência para perseguir os próprios fins, por ele livremente escolhidos, e as ‘normas de organização’, que são aquelas que o Estado impõe ao cidadão, determinados fins e em lugar ou acima de outras que são fruto de sua vontade para prevalecer os fins e desígnios do Estado sobre o conjunto de toda a sociedade”.

Assim sendo, as regras se dividem em regras de conduta e regras de organização. De conduta, aquelas apontadas acima pelo Professor Machado Neto. De organização, aquelas, por exemplo, que organizam, disciplinam as Sociedades por Ações³¹¹, as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada³¹².

³¹⁰ BRASIL. Projeto de lei n. 634-D, de 1975. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a apreciar e proferir parecer sobre as emendas do Senado ao Projeto de lei n. 634, de 1975, do Poder Executivo, que instituiu o Código Civil. Relatório da Comissão, em 29 de novembro de 2000. Deputado João Castelo, Presidente. Deputado Ricardo Fiuza, Relator Geral. Sala da Comissão, 29 de novembro de 2000. p. 235.

³¹¹ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disciplina a lei das Sociedades por Ações. *Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1996.

³¹² BRASIL. Decreto n. 3.078, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. *Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1996.

O Professor Eros Roberto Grau³¹³ diz que, além destas, existem outras, “que não cabem nem no modelo da norma de conduta, nem no modelo da norma de organização”. Diz que são as normas que definem fins, que estabelecem *policies*, que podemos e devemos chamar de “normas-objetiva”. Cita, como exemplo, o caso do artigo 4º ³¹⁴ do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Não cabe nem num modelo nem noutro (norma conduta ou organização). Pergunta, com razão, que tipo de norma jurídica é essa. Encontra justificativa³¹⁵: “[...] quando os juristas passaram a discutir a natureza do *Plano* no Direito Soviético”, isso a partir da década de 70. Argumenta que, as “normas no plano estabeleciam direitos e obrigações de diversos organismos, organizações instituições, indicando um determinado resultado a ser alcançado, e ponto final; não dispunham sobre os meios a serem ativados para que esses resultados fossem alcançados [...]”.

No Brasil, Eros Roberto Grau³¹⁶, lembra que, entre nós, tal fenômeno já se manifestara. Assim, passam a surgir essas normas –objetivo, inicialmente na Constituição, e exemplifica com o artigo 160, da EC 1/69: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça e o desenvolvimento nacional”. Afirma que isto não é norma de conduta.

Norma de conduta³¹⁷

é aquela cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos ou a atividade de grupos. Já as normas de organização são de dois tipos³¹⁸ são normas de organização aquelas que, possuindo um caráter instrumental, visam a estruturar o funcionamento de órgãos ou a instrumentar a disciplina dos processos técnicos de identificação e

³¹³Ver artigo de GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: Algumas Notas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 185, jan./mar. 1993.

³¹⁴Artigo 4: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios[...]. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**.

³¹⁵Cf. GRAU, Eros Roberto. Obra mencionada, 1993. p. 185 - 186.

³¹⁶GRAU, Eros Roberto. Obra mencionada, 1993. p. 186.

³¹⁷GRAU, Eros Roberto. Obra mencionada, 1993. p.186.

³¹⁸Obra acima mencionada, Eros Roberto Grau, 1993, diz que vale ver o Professor Miguel Reale, obra citada p. 186.

aplicação de normas. No primeiro grupo, exemplifica com a lei da S/A - Lei n. 6.404 de 1976, outro o Decreto Lei n. 200, outro tipo seria o Código de Processo Civil que instrumenta precisamente a aplicação de certas normas.

Dai, conclui que no direito clássico, a norma apenas se prestava a instrumentar. Hoje, surgem no ordenamento jurídico normas sobre os *fins*, repete o exemplo do artigo 4º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Nem norma de conduta, nem norma de organização. Na consecução de tais objetivos, o legislador concede os meios. Assim, por exemplo, no Parecer n. 45, de 1990-CN, ao cuidar da Emenda n. 84, p. 4, citado, sobre a natureza do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, expõe que “a emenda transforma a natureza da norma de cogente ‘desconsiderará’ para facultativa *ope judicis* (o juiz poderá desconsiderar). Com isso dá-se maior flexibilidade ao juiz para verificar se é ou não caso de desconsiderar a personalidade [...]”.

O fato é que a interpretação das normas-objetivo, contidas no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, devem estar alinhadas³¹⁹ com a realização dos fins dispostos no artigo 4º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Nesse sentido, observa-se que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, reconhecidamente como norma de natureza cogente, comporta ainda outra reflexão sobre os efeitos da cogência, no sentido de sujeição.

No sentido da observação feita por Sergio Carlos Covello³²⁰ de que há “normas que atribuem obrigação(ato da vontade) e normas que atribuem poder”. E conclui assinalando que “a obrigação cumpre-se (porque ato da vontade): a responsabilidade sofre-se (porque ato de sujeição)”. Em seguida, e ainda sobre obrigação e responsabilidade, Sergio Carlos Covello assinala que Emilio Betti, a partir de sua *Teoria Generale delle Obbligazioni*, acolhe os ensinamentos da moderna

³¹⁹ GRAU, Eros Roberto. Obra mencionada, 1993. p. 188.

³²⁰ COVELLO, Sergio Carlos. *Obrigação Natural* (elementos para uma possível teoria). São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1996. p. 96 - 97. Prossegue Sérgio com a seguinte justificativa: “Carnelutti contesta a proposição – obrigação = dívida + responsabilidade, increpando-a de receita de alquimia. Sob o aspecto científico, a responsabilidade situa-se fora da obrigação, que é um conceito unitário e indivisível pertencente ao direito material, enunciada no binômio direito do credor-obrigação do devedor. A ação do credor e a responsabilidade do devedor são

doutrina civilista acerca dos dois elementos da obrigação – o débito e a responsabilidade - do seguinte modo:

[...] admite que o débito, enquanto dever jurídico, não tem a necessidade de ser imposto por uma norma de direito, nem supõe quando o seja, uma responsabilidade em caso de inadimplemento. Sustenta que exemplos de deveres jurídicos desprovidos de responsabilidade são freqüentes, tanto no direito público como no direito privado patrimonial. Mas acredita que a obrigação natural é dever social impropriamente chamado de obrigação.

Assinala Clóvis do Couto e Silva³²¹, por sua vez assinala que: “[...] nos Direitos latinos em geral, esquecidos os juristas da tradição do Direito romano clássico, o progresso jurídico, no geral, depende da lei, porquanto não há jurisprudência anterior que sirva de apoio, senão raros casos”. Diz, que: “[...] a revolução jurídica faz-se por meio de lei, e conclui, que talvez para isso, em tempos modernos, tenha contribuído decisivamente, como já foi salientado, o respeito profundo do juiz pela lei no seu enunciado aparente”.

Conclui que, com as cláusulas gerais, liberam-se os legisladores e atribuem a faculdade de especificar ou individualizar o seu conteúdo aos juízes, para que se restabeleça, com o tempo, o processo através do qual do “Direito do caso” chega-se à formulação de “normas novas”, extraíndo-se dele as “*rationes decidendi*”.

José Oliveira Ascensão³²² doutrina que *princípios* não são normas. Fundam-se em última análise nos *princípios* do Direito Natural, fundamento de toda a ordem jurídica. Justifica. Assim, o *princípio* da *Boa-fé*, o *princípio* da conservação dos negócios jurídicos e tantos outros. Estes *princípios* não são normas, são orientações de caráter mais geral.

Nesse sentido, cita Larenz: “Os *princípios* pertencem verdadeiramente ao conteúdo do ‘direito positivo’, desde que por tal se não se entenda apenas a lei,

fenômenos processuais”.

³²¹ SILVA, Clóvis do Couto e, et al., do artigo: O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 66.

³²² ASCENÇÃO, José Oliveira. *O Direito Introdução e Teoria Geral: Uma Perspectiva Luso Brasileira*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 404.

mas sim a ordem jurídica vigente como um todo; mas eles não brotam nem da lei nem da jurisprudência, antes estão subjacentes a ambas (Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, pág.301)". Afirma que atualmente, caminhamos para um entendimento amplo de *princípio*, como já o fazem Esser, Engisch, Betti, Larenz, Canaris, Menezes e Cordeiro.

Não menos instigante é a ideia que Niceto Blásquez³²³ tem de *princípio* partindo dos ensinamentos de Santo Agostinho, ao se posicionar contra a pena de morte pelo *princípio* da vida: "Santo Agostinho sempre foi coerente na aplicação deste *princípio*, sem jamais ter admitido outro *princípio* como critério para resolver esta questão, tanto na teoria como na prática". Aqui, o interessante é a constatação de que o mencionado autor se posiciona a respeito da utilidade do *princípio* como critério para a resolução de questões práticas e teóricas.

Estas colocações servem para contribuir com a reflexão sobre a natureza da cogência e seus efeitos sobre as relações de consumo em face do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, sabendo desde já que não é este o fim do presente estudo.

Eros Roberto Grau diz³²⁴ que: "[...] aprendemos na Faculdade de Direito que existem normas e *princípios* jurídicos, o que é errado. *Princípio* é norma. Argumenta que Direito é um universo de normas. Então *princípio* é norma também. O sistema jurídico é uma ordem teleológica de *princípios*". Conclui, "[...]estabelecendo que norma jurídica é gênero que compreende duas espécies: as regras e os *princípios*. Assim, violar um *princípio* é mais grave do que violar uma regra – e por quê? Porque os *princípios* são normas que se colocam num plano distinto daquele em que se acham as regras. As regras não comportam exceção, é um "tudo-ou-nada"; já os *princípios* aceitam exceção".

Pondera que:

³²³ BLÁZQUES, Niceto. **A Pena de Morte**. Tradução de Georges I Massiat. São Paulo: Paulus, 1999. p.77.

[...] quando temos o confronto de duas regras – caso de antinomia – uma delas salta fora do sistema. Quando temos conflito entre *princípios*, nenhum deles é expulso do sistema. Exemplifica. Quantas vezes o direito adquirido entra em conflito o interesse público, quantas vezes privilegia-se o interesse público sem que se expulse o direito adquirido, e quantas vezes privilegia-se o direito adquirido sem que se expulse o *princípio* do interesse público?.

Assevera, finalmente, que no caso do Código de Defesa e Proteção do Consumidor,

se o examinarem a partir dessas duas pautas – em primeiro lugar observando que há aqui norma - objetivo em estado puro e, em segundo lugar, que há *princípios* que jogam esse papel na sua interpretação – verificarão que a tarefa de interpretação encontra balizas claras traçadas pelo legislador de 1990. O intérprete que delas se aproximar estará aplicando o Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Aquele que delas se afastar estará descumprindo a Lei.

A *Boa-fé* como norma de comportamento cria para as partes deveres positivos e negativos. Esta é a posição de Antonio Junqueira. Acrescenta que os primeiros são os deveres da colaboração, inclusive o de informação – de Demogue (*Traité des Obligations en Général*. 3. ed. Paris: Rousseau, v. 7. n.3. p. 9, 1931) – daí a idéia de que o contrato é um microcosmo ou uma pequena sociedade, e os segundos são deveres, os deveres de lealdade, especialmente, o de manter sigilo.

Outros já se referem a normas como cláusulas gerais denominadas “parágrafos-reis”. Assim, Harm Peter Westermann³²⁵ assevera que estas, as “[...] cláusulas gerais, permitem, de um lado, a adaptação do exercício do direito às exigências da *Boa-fé*, e formam, de outro, se bem que não o único, um contrapeso ao

³²⁴Cf. GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor, 1993. Obra citada. p. 188.

³²⁵WESTERMAN, Harm Peter. (Prof. Da Universidade de Bielefeld, Alemanha). *Código Civil Alemão: Direito das Obrigações*. Tradução do original por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antioio Fabris, 1983. p. 24. Parte Geral.

princípio da liberdade contratual, que é determinante do sistema e concausa do desenvolvimeto do direito das obrigações”.

No mesmo sentido vai o pensamento de Harriet Christiane Zitscher³²⁶: “A norma do parágrafo 138 do BGB é uma verdadeira cláusula geral e aplica-se em todos os ramos do direito civil e até o direito público”.

Igualmente se posiciona Alberto do Amaral Júnior³²⁷. Justifica que “a *Boa-fé* contida nos parágrafos 242 e 315 do BGB [...] consiste em controle e proteção das cláusulas gerais”. E, também, que tal *princípio* “[...] foi usado largamente pela jurisprudência alemã em face da constatação de que nos contratos de massa o aderente deve ser protegido em todas as ocasiões em que se verificar uma situação de inferioridade intelectual ou psicológica em face do predisponente”. Daí, prossegue, que “[...] o problema segundo o qual a proteção do contraente fraco não se reduz ao estabelecimento do critério unitário, como abuso de monopólio, mas se relaciona ao conjunto de fatores que, uma vez ocorrendo, são susceptíveis de causar danos”. Conclui assinalando que:

[...] as interpretações jurisprudenciais assumiram caráter nitidamente teleológico, procurando destacar não o sentido literal da norma, mas a razão que teria determinado sua edição. Arremata que com isso, procedeu-se ao alargamento do âmbito de aplicação do parágrafo 242, que passou a incluir a intervenção judicial antes mesmo que as cláusulas gerais integrassem cada contrato singular (em nota de rodapé, Alberto do Amaral Junior, cita, Th. Bourgoignie (ed) *Unfair Termns in Consumer Contrats*, Louvainia-Neuve, 1983).

Ao tratar das cláusulas gerais como norma jurídica positiva, Franz Wieacker³²⁸ diz que estas se constituem num mandato geral da lei, dirigido ao juiz, que, conseqüentemente, no caso, de reenvio a *Boa-fé* ou a usos do comércio, o juiz dá

³²⁶ ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 98. Colaboração de Marco Antônio Schmidt et al.

³²⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 136.

³²⁸ WIEACKER, Franz. *El Principio General de Buena Fé*. Tradução de José Luis Carro. Madrid, Espanha: Civitas, 1977. p. 32.

cumprimento mediante o juízo lógico ou subsunção. Tal fato, diz, faz com que esta idéia de norma, se diferencie dos demais preceitos jurídicos positivos por dois fatores: primeiro, por sua configuração indeterminada (precisamente por ser cláusula geral) e, de outro lado, por enviar a outros preceitos (*Boa-fé*) ou critérios sociais (usos do comércio), não positivados, metajurídicos.

Wieacker considera norma e cláusula geral, assim:

[...] no proporciona ningún auténtico criterio sobre el valor de las cláusulas generales y no permite siquiera conocer con claridad su función. Unos y otros coinciden en que la cláusula general es una norma jurídica positiva, esto es, un mandato general de la ley, dirigido al juez, que, consecuentemente, en el caso de reenvío a la 'buena fe' o a los 'usos del tráfico', el juez ejecuta o cumple simplemente un juicio lógico o subsunción. Según esta idea, la norma se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos únicamente por dos notas: de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula general) y de otro lado por el reenvío que hace a preceptos (buena fe) o criterios sociales (usos del tráfico) no positivados, sino metajurídicos. Es evidente que a esta vía de análisis le sirve de base conocida concepción positivista del derecho, según la cual no existen lagunas en el ordenamiento jurídico escrito y la aplicación del derecho se limita a ser un acto cognoscitivo de subsunción del supuesto de hecho en el juicio hipotético que se encuentra contenido en la norma. La cláusula general aparece también aquí como un juicio anticipado (hipotético), esto es, como un rígido proyecto previo del legislador (p. 32).

El entendimiento literal del parágrafo 242 sirve de bien poco; en particular, la buena fe – el antiguo neologismo de bona fides – es más bien declaración del legislador que criterio seguro. Continuamente tanto la 'buena fe' como los 'usos del tráfico' reenvían a elementos a realizar por el juez; los usos de tráfico a un ejercicio y experiencia permanentes que determinan social e históricamente las concretas exigencias y valorizaciones en determinado círculo jurídico (cfr. Más arriba nota 29); la

buena fe a una elemental exigencia personal de ética jurídica, esto es, a la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealdad. Más no se podría alcanzar a partir de aquí (p. 49).

E mais: para ele, a tarefa do juiz frente ao parágrafo 242 do CC alemão (BGB) é a seguinte, p.49 - 50:

Para ello se necesita una enérgica clasificación. Pues pudiera ocurrir que traz la aplicación del 242 se ocultaram hoy tareas judiciales totalmente distintas, de tal manera que los problemas prácticos fundamentales – por ejemplo la relación entre el 242 y el Derecho imperativo – no puedan ya solucionar-se de manera uniforme. A semejante clasificación no se le puede objetar que no se adapte perfectamente a cada conflicto concreto: la legítima tarea de ordenación y descripción de la ciencia del Derecho incluye el análisis de los elementos conceptuales y funcionales de sus fenómenos. El problema fundamental de una cláusula general como la dei parágrafo 242 concierne a la relación dei juez com el Derecho escrito. Por conseqüente, la clasificación del material debe fundar-se en la correspondiente relación entre la aplicación dei Derecho basada en al parágrafo 242 y el resto de la regulación legal. [...] Como Boehmer há destacado, el parágrafo 242 BGB actúa también *iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*.

Por sua vez, antes de tratar especificamente da norma, José Afonso da Silva³²⁹ relaciona a Constituição do Estado como: “[...] sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento se seus órgãos e os limites de sua ação”. “O *princípio* da rigidez constitucional é basilar no direito constitucional contemporâneo, pois funciona como pressuposto [...]da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias.” A constituição formal é, portanto, “um conjunto de normas e *princípios* contidos num

³²⁹SILVA, José Afonso da. Normas Constitucionais. In: FERRZA, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 38 e seguintes.

documento solene pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu próprio texto”.

No tocante à supremacia da norma constitucional³³⁰, ensina que:

[...] as normas constitucionais estão no vértice do ordenamento jurídico, como *Têtes de chapitre* dos demais ramos do direito. E é desse *princípio* de supremacia que decorre a posição de superioridade hierárquica das normas constitucionais, que, por isso mesmo, constituem o fundamento de validade das demais normas jurídicas, do qual resulta também o *princípio* da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico estatal, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com a de grau superior.

Sobre o conteúdo e finalidades das normas constitucionais³³¹, assinala que

[...] o conteúdo das normas constitucionais é uma resultante da evolução do constitucionalismo que, a cada etapa histórica, apanha elementos novos que se integram na estrutura normativa das cartas políticas. Primeiro, são normas orgânicas da estrutura do Estado e do Poder; depois, surgem as normas limitativas do poder, traduzidas no constitucionalismo moderno (séc.XVIII) numa declaração dos direitos fundamentais; e vem, em seguida, a preocupação que os direitos econômicos e sociais (séc.XX); desenvolvem-se concomitantemente as regras de defesa constitucional, destinadas a assegurar a estabilidade das demais normas constitucionais; e finalmente existem normas de aplicabilidade das Constituições, normas que estabelecem as condições de eficácia das demais.

Conclui que: a

³³⁰SILVA, José Afonso da. Normas Constitucionais. In: FERRZA, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 41.

³³¹SILVA, José Afonso da. Normas Constitucionais. In: FERRZA, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 46.

[...] estrutura normativa das constituições revela cinco categorias de elementos:

[...] elementos constitucionais orgânicos, que regulam a estrutura do Estado e do Poder, em nossa Constituição encontram-se no Título I – Da Organização nacional;

elementos limitativos, que se manifestam nas normas que consubstanciam o elenco de direitos e dos direitos fundamentais do homem e respectivas garantias constitucionais, e são denominados limitativos porque limitam a ação dos poderes estatais e dão tônica ao Estado de Direito. Encontram-se no Título II da nossa Constituição, sob a rubrica da declaração de Direitos, especialmente no seu cap.

IV – Dos Direitos e Garantias Individuais;

elementos sócio ideológicos, consubstanciados nas normas sócio-ideológicas, normas que revelam o caráter de compromisso das Constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionistas, como as dos títulos III e IV da vigente Constituição, sobre a ordem econômica e social;

elementos de estabilização constitucional, consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais e a defesa da Constituição;

elementos formais de aplicabilidade, são os consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das Constituições, assim como o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e de vigência e as disposições constitucionais transitórias.

Quanto à estrutura lógica das normas constitucionais³³², conclui que: a

³³²SILVA, José Afonso da. Normas Constitucionais. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*, Rio de Janeiro:

[...] doutrina contraverte-se muito sobre a estrutura lógica das normas jurídicas. Para a concepção tradicional, a regra jurídica traduz um imperativo, a exigência de uma ação ou omissão. A kelsen se atribuiu por muito tempo a tese de que as normas jurídicas são juízos hipotéticos; contudo, nele se lê que são mandamentos, comandos, e, pois, imperativos (em nota de rodapé n.14 mandar conferir p. 133, v.1, da Teoria Pura do Direito). Para a teoria egológica, são juízos disjuntivos .

Noutro sentido Machado Neto, faz a leitura de norma em Kelsen.

Diz que para Kelsen, Direito e Norma, deixaram de ser um imperativo para ser um dever ser. Justifica que somente a primeira concepção de ciência normativa³³³ seria compatível com a noção de que a norma seria compatível com a noção de imperativo. Essa foi, pois, a primeira – e é ainda a mais popular – concepção da norma. Argumenta que daí adviria aquela concepção incongruente da ciência jurídica como ciência normativa porque estatui normas (igual a imperativos). Assinala que desde Kelsen essa concepção imperativista da norma vem sendo combatida, ao menos no âmbito da ciência jurídica. Conclui que é mérito de Kelsen a conceituação da norma como juízo hipotético de dever ser.

Retornando à posição de José Afonso da Silva, destaca, ainda, que, no tocante:

[...] às normas constitucionais, a terminologia difere um pouco. Certa corrente distingue-as em diretivas e preceptivas; aquelas se limitam a indicar uma direção ao legislador futuro, sequer seriam verdadeiras normas jurídicas e até poderiam ser desobedecidas pelo legislador, sem violar a Constituição. Só as primeiras são realmente normas jurídicas, impondo comando positivo ou negativo.

Diz, a seguir: “[...] em *princípio*, pois, as normas constitucionais pertencem ao *ius*

Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 43.

³³³ MACHADO NETO, A. L. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966. p.318

cogens, normas coercitivas, que impõem uma ação (normas preceptivas, imperativas segundo outros) ou uma abstenção (normas proibitivas). Mas também encontramos normas constitucionais permissivas, como por exemplo: artigos 13, § 3; 38, § 2, 163, da Constituição Federal”.

Quanto à classificação das normas constitucionais, sob o ponto de vista da eficácia e aplicabilidade, faz a seguinte classificação³³⁴:

“[...] normas diretivas, ou pragmáticas, dirigidas essencialmente ao legislador; normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; normas preceptivas obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata, porém depende de legislação futura” .

E esclarece, classificando³³⁵

[...] as normas constitucionais quanto à sua eficácia e a aplicabilidade :

normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
normas de eficácia limitada:

- a) declaratórias de *princípios* institutivos ou organizativos;
- b) declaratórias de *princípios* programáticos.

São de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) declarem direitos fundamentais ou garantias constitucionais e democráticas; d) não designem órgãos ou autoridades especiais, a que

³³⁴SILVA, José Afonso da. Normas Constitucionais. In: FERRZA, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 45.

³³⁵SILVA, José Afonso da. Normas Constitucionais. In: FERRZA, Sérgio (Coord.). *A Norma Jurídica*, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 46.

incumbam especificamente sua execução; e) não indiquem processos especiais de sua execução; f) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição de interesses nelas regulados. Estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se predominantemente entre as normas organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição produzem ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. São de aplicabilidade imediata e direta, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, não comportando normatividade alguma ulterior para sua aplicação.

As normas de eficácia contida têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, valendo dizer, consagradas, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias. São, portanto, aquelas em que o constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados, como os de bons costumes, de ordem pública etc. São de aplicabilidade imediata e direta. Sua eficácia independe da interferência do legislador, nem sua aplicabilidade fica condicionada à normação ulterior, mas fica dependendo dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público, para manter a ordem, a segurança pública, os bons costumes, etc.).

Normas de eficácia limitada são todas as que dependem de uma

providencia ulterior (lei integrativa, processo especial etc.) que lhe complete a eficácia e disponha sobre sua aplicação. São de dois tipos, como vimos: a) as de *princípio* institutivo ou organizativo; b) as de *princípio* programático. São normas constitucionais de *princípio* institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei. São reconhecíveis, especialmente pela menção a uma lei integradora, tal como 'lei complementar estabelecerá [...]' etc..

Normas constitucionais programáticas são aquelas, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os *princípios* para serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativos, executivos jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Situam-se basicamente entre as normas sócio-ideológicas da Constituição. Sua aplicação fica dependente de providências legislativas ulteriores. Mas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos:

[...] estabelecem um dever para o legislador ordinário;

condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

informam a concepção do Estado e da Sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

constituem sentido ideológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

condicionam a atividade discricionária da Administração do Judiciário; criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem, conforme o caso.

Enfim, não se aceita mais a tese de que as normas programáticas não passariam de diretivas, conselhos ou meros programas destinados ao legislador que poderia acatá-los ou não, e até mesmo contrariá-los".

CAPÍTULO III -A BOA-FÉ OBJETIVA DO CÓDIGO DE DEFESA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O MODO DE SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

A Boa-Fé Objetiva do Código de Defesa e Proteção Do Consumidor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é uma lei³³⁶ de natureza cogente³³⁷ (artigo 1 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor) destinado a proteger determinados interesses sociais (cf. art. 170 da CF/88), e por isso mesmo, serve como “limitador do poder da vontade³³⁸”.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor integra o sistema jurídico, como uma lei ordinária, cuja origem direta é a própria Constituição Federal, a qual, no artigo 48 das Disposições Transitórias, determinou a sua realização enquanto lei. O Código de Defesa e Proteção do Consumidor é “*jus scriptum*”, norma legislativa geral, de ordem pública, isto é, *Jus cogens*, trazendo disposições para valer independente da vontade das partes de validade geral, isto é, abrange a todo o território nacional.

O *princípio da Boa-fé*, para Clóvis do Couto e Silva³³⁹, atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício de pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente, criando deveres, podendo inclusive restringir o *princípio* de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução. É

³³⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 nov. 1999. Suplemento.

³³⁷ Nas emendas n. 121, 122 e 123 do Parecer n. 45, de 1990, CN (projeto do CDC), encontra-se uma interessante idéia de norma: “A norma do Projeto tem por objetivo estabelecer a igualdade real entre fornecedor e consumidor. As emendas procuram a igualdade apenas formal, que se mostra insuficiente e injusta para a solução das questões contratuais das relações de consumo”.

³³⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

³³⁹ SILVA, Clóvis do Couto e, et al., no artigo: O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 68. Sobre o caso Boone v. Eyre acima mencionado, diz em nota de rodapé 46: “Cheshire-Fifoot, Law of Contract, cit., p. 463. Em parte essa doutrina foi adotada pelo Código Civil português, no artigo 434, n.2 onde se afirma que “[...] .nos contratos de execução continuada ou periódica a resolução não abrange as prestações já efetuadas, excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”.

a doutrina do adimplemento substancial, estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso *Boone v. Eyre*, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que já foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor. E exemplifica: “Assim sucede quando alguém se obriga a construir um prédio e a construção chega praticamente ao seu término (adimplemento substancial); não se faculta sempre, neste caso, a perda da retribuição contratada, ou a resolução do contrato por inadimplemento”.

Quanto à sanção congrega, de uma só vez, quatro categorias legadas pelos juristas romanos³⁴⁰:

a) “*leges perfectae*, cuja sanção consiste na inexistência ou nulidade do ato contrário a sua disposição normativa”, como, por exemplo, o conteúdo do artigo 51 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor;

b) “*leges plus quam perfectae*, que além de fazer voltar as coisas ao estado anterior ao ilícito, pode, também, sancioná-lo através de um castigo”, como, por exemplo, o conteúdo do artigo 19 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor;

c) “*leges minus quam perfectae*, cuja sanção não anula o ato, limitando-se apenas a castigar o seu ator”, como ocorre com o conteúdo do artigo 55, parágrafo 4º do Código De Defesa e Proteção do Consumidor; e, finalmente,

d) “*leges imperfectae* são aquelas a que não estabelecem sanção, apenas estabelecem orientação”, como no caso do conteúdo dos artigos 4º, 5º e 6º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Diante do contrato:

³⁴⁰ MACHADO NETO, A. L. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

[...] a vontade³⁴¹ é o apetite de uma natureza. Por mais aberta que esta natureza seja, por mais diversos e contraditórios que possam ser os atos e os objetos de que é capaz, inclina-se, primeiro e necessariamente, envolvendo tudo o mais nesse primeiro querer, a seu bem, ao que pode conceber como sendo seu bem. O primeiro limite da vontade, o que nela é natureza, é, portanto, procurar em tudo o bem e a felicidade. O segundo limite é ser a vontade uma natureza que tem um fim. Toda ação livre possui uma regra, um critério de justiça, e esse critério é o fim, o fim objetivo e não escolhido da natureza livre. Essa correlação entre o fim e a ação livre é o fundamento de toda moral.

De sua vez:

[...] *princípio*³⁴²(de *incipere*, começar) traduz de modo bastante exato o grego *arché*, que significa, em primeiro lugar, começo.

A noção de *princípio* está ligada à de primeiro (prioridade, primazia, origem) e dela possui a amplidão analógica. Isto supõe uma sucessão ou uma série ou um conjunto ordenado. Prioridade que pode ser puramente cronológica (o primeiro instante, o puro começo de uma série temporal); ou espacial (o ponto de partida de uma linha, um movimento); ou de valor (primazia); ou de origem (ontológico): aquilo de que procede ou provém uma realidade). Na ordem da ação humana denominamos *princípios* ou imperativos espontaneamente percebidos da conduta moral.

Nesse sentido, a vontade, no ato de contratar, encontra dois limites. Um moral e o outro legal. Ambos os limites, são *princípios*. O fundamento do limite moral, já, é conhecido de todos. O fundamento do limite legal, no *princípio*, pela sua natureza, congrega também o *princípio* moral. Assim, ocorre com o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. O fato é que,

p.57 e seguintes.

³⁴¹ NICOLAS, Marie-Joseph. *Introdução à Suma Teológica: Suma Teológica I*. Tomás de Aquino. Rio de Janeiro: Loyola, [19--]. p.44.

³⁴² NICOLAS, Marie-Joseph. *Introdução à Suma Teológica: Suma Teológica I*. Tomás de Aquino. Rio de Janeiro: Loyola, [19--]. p.94 – 95.

como diz Tomás de Aquino³⁴³ “[...] a lei move os que estão sujeitos a agir com retidão”.

A subsunção do fato ao *princípio* legal, pelo operador do direito, implica naturalmente, na recepção do *princípio* moral, juntamente com o da lei, no mesmo instante. O julgador aplica dois critérios num mesmo momento, o moral e o legal. Nesse sentido, o termo *princípio* é analógico, no sentido de proporção, medida. Ambos podem variar, dependendo do caso, e do alcance do critério adotado pelo julgador.

Assim, existem *princípios* morais espontaneamente seguidos pela conduta, como existem *princípios* legais codificados, como o da boa - fé *princípio* do artigo 4, III e boa - fé proteção do artigo 51, IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Históricamente, e do ponto de vista da força da lei, no sentido de cogência, podemos levar em consideração, algumas questões apontadas por Lafayette Pozzoli, quando se reporta à questão da valorização da pessoa humana e as obrigações³⁴⁴. Segundo ele, a Constituição de Sólon contribui para consolidar o *princípio* da valorização da pessoa humana, ao considerar, o *princípio* segundo o qual o dano causado a um indivíduo particular era na realidade um atentado contra todos. Lembra que Sólon deu a cada um o direito de intervir por justiça em favor de qualquer um que fosse lesado e fazer punir, sem ser pessoalmente sua vítima. Por último, Lafayette, aponta três *princípios* extraídos da obra de Sólon: “[...] o debate de idéias, as práticas públicas e a igualdade dos cidadãos”. Estes, conclui, são os alicerces dos direitos e deveres das pessoas.

Os aspectos do estudo do Direito - das leis -, conforme Gaetano Sciascia³⁴⁵, segundo o critério do Direito Público e do Direito Privado, é que o Direito Público

³⁴³ AQUINO, S. Tomás de. **Clássicos do Pensamento Político: Escritos Políticos**. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 36.

³⁴⁴ POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 32.

³⁴⁵ SCIASCIA, Gaetano. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 41. Textos e apontamentos extravagantes com prefácio do Prof. Dr. Alexandre Correia. Prossegue melhor ainda assim: Cf. D. 50, 17, 45, 1 Ulpiano: *Privatorum conventio iuri publico non derogat*; o acordo dos particulares não deroga o direito público. Portanto, são normas de direito público também as que, embora regulem interesses particulares, realizam principalmente os fins sociais do Estado, como por exemplo uma grande parte do direito de família (D. 23, 3, 2 Paulo: *Rei publicae interest nulieris dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*; interessa ao Estado que as mulheres tenham guardado o dote, por meio do qual podem (mais facilmente casar)”. De minha parte, digo que interessa ao Estado guardar os pactos na relação de consumo, estabelecendo a necessária reciprocidade e confiança nos contratos civis, ou seja, nas relações de

versa sobre o modo de ser do Estado; o Direito privado é o que versa sobre os interesses dos particulares e com as palavras de Justiniano: "(Inst. 1, 1, 4): "A *utilitas* não é somente o fundamento do direito privado mas também do público". Com isso, Gaetano Sciascia pondera com - D. 2, 14, 38 Papianus 2 quaestionum – *ius publicum privatorum mutari pactis non potest*", ou seja, "[...] o direito público não pode ser mudado pelas convenções dos particulares".

Assim sendo, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor³⁴⁶, enquanto norma de natureza cogente, principiológica, distingue-se dos *princípios* constitucionais justamente pela coação externa. Na contratação, as discussões sobre a vontade real e a vontade declarada³⁴⁷ sugeririam liberdade e força, ou seja, como se todos tivessem igual força no momento da contratação.

Essa posição, num certo sentido, contribui para explicar a razão de como o direito brasileiro resistiu em recepcionar a responsabilidade pelo risco da atividade ou pelo fato da coisa (mais conhecida como responsabilidade civil objetiva, em oposição à responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Civil Brasileiro).

Mais uma vez com razão Anacleto de Oliveira Faria³⁴⁸: "[...] determinados autores, como Georges Ripert e René Savatier – protestando contra a idéia da

consumo.

³⁴⁶ INTRODUCCIÓN. Derecho objetivo. Derechos Subjetivos. Sujeto del Derecho. Objeto del Derecho. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martín. **Tratado de Derecho Civil**. 13. revisioó por Hans Carl Nipperdey. Tradução de Blas Pérez González; José Alguer. Berceoma: Bosch, 1947. p. 119. V. 1, Tomo I. Parte general. Assim: "Las constituciones de los estados contienen numerosas proposiciones jurídicas, que tienen pleno efecto y que no están apoyadas en ninguna coacción externa. Igual manifestación se reproduce en el derecho eclesiástico y en el derecho internacional".

³⁴⁷ A discussão entre a teoria chamada da vontade real e a teoria chamada declarada. "A questão resume-se no seguinte: até que ponto deve a lei julgar decisiva, para a obrigatoriedade dos efeitos do contrato, a vontade real das partes contratantes, e até que ponto deve julgar decisiva a sua vontade simplesmente declarada? Nesta discussão, acham-se, uma vez mais, frente a frente, como é sabido, os interesses da autonomia da vontade e os da segurança do comércio jurídico, os da liberdade individual e os da paz social - ou seja, a concepção individualista e a social do Direito. A concepção individualista exige que os contratos só obriguem até onde a vontade real (teoria da vontade real), e, por outro lado, que os contratos obriguem sempre e até onde essa mesma vontade chegar (liberdade contratual). A concepção social do direito opõe, contudo, a esta doutrina os seguintes dois princípios: primeiro, os contratos devem obrigar, não apenas até onde cegar a vontade, mas até onde chegar a confiança que a outra parte depositou na declaração (teoria da declaração); segundo, os contratos não são pura e simplesmente obrigatórios nos limites da vontade real, mas podem deixar de o ser por muita espécie de motivos e considerações (RADBRUCH, Gustav. **Teoria das limitações à liberdade contratual**: Filosofia do Direito. Tradução de L. Cabral Moncada, Armênio Armado. Coimbra: Sucessor, 1979. p. 287 – 288.

³⁴⁸ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 373 e seguintes.

responsabilidade objetiva – alertaram os juristas contra o que o último denominou a “socialização da responsabilidade e dos riscos individuais”. “Essa socialização decorreria de se passar do risco ao seguro; e deste, ao imposto, admitindo-se o absurdo de uma responsabilidade sem culpa”. “Como se, filantropicamente, tal fosse possível ! indo além, segundo alguns, o Estado deveria ‘socializa’ as indenizações, (nesse caso sequer se poderia falar em ‘responsabilidade’ mediante o lançamento de imposto cuja arrecadação teria por escopo o ressarcimento de determinadas espécies de dano”.

Javier Hervada, sobre outro aspecto, pondera que em certos casos, a responsabilidade civil objetiva é uma regressão cultural³⁴⁹, que nos faz retroceder a estados primitivos da vida jurídica. Explica:

A responsabilidade civil objetiva tende a impor uma restituição ou uma compensação sempre que houver dano, com independência da vontade ou intenção do agente, inclusive se atuou livremente ou não (p.ex. danos produzidos por um demente). Isto é aceitável na medida em que tende a reconhecer o dever de restituição ou compensação em supostos casos de injustiça material ou formal. Mas nos demais casos, só o será se se mover dentro dos termos da compensação equitativa, a qual deverá ter em conta, não só o lesado, mas também o causador do mal(não lhe impor carga sobre carga).

Fora disto, a responsabilidade objetiva é uma regressão cultural, que nos faz retroceder a estados primitivos da vida jurídica. Conclui justificando que “[...] sem injustiça – material ou formal – não há dever em justiça de restituir, nem de compensação subsidiária”.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor, quebrou tal paradigma apesar das injustificadas resistências à consagração da responsabilidade com fundamento na Teoria do Risco (objetiva) entre nós³⁵⁰, desde a promulgação do

³⁴⁹ HERVADA, Javier. *Crítica Introdutória ao Direito Natural*. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto: Resjuridica, 1990. p. 65.

³⁵⁰ FARIA, Anacleto de Oliveira. Obra mencionada, 1978. p. 378 e seguintes.

Decreto n. 2681, de 07.12.1912, que, ao regular a responsabilidade civil das Estradas de Ferro, proclamou, que lhe coubesse a teoria do risco.

O contrato era e continua sendo lei³⁵¹ entre as partes, mas a proteção na contratação não é mais restrita. Esta posição clara em favor do cumprimento da vontade era posta assim por Radbruch, na obra já mencionada: “[...] alguns dos mais importantes domínios novos do direito, como os do direito do trabalho e do econômico, nos surgem precisamente, hoje, como verdadeiros sistemas dessas e outras semelhantes limitações impostas à liberdade contratual”.

Em resumo: quando hoje a Constituição do Reich nos diz, no seu art. 152, que no comércio econômico a liberdade contratual só vigora nos limites da lei é conveniente notar que isto nada mais nos mostra senão que, assim como para a propriedade, também aqui a liberdade foi subordinada à lei, e o interesse individual reposto na sua sujeição ao interesse social.

Assim, a substituição do interesse individual pelo interesse social, na contratação, pode ter chegado a nós por inspiração da legislação estrangeira mais moderna, mais contemporânea, como dito acima. Nesse sentido, temos o Parecer n. 45, de 1990-CN, da Comissão Mista do Congresso Nacional, destinada a elaborar o projeto de Código de Defesa e Proteção do Consumidor – art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, logo nas emendas ns. 1, 2 e 3. Daí, que o novo é: “[...] que a tutela do consumidor se dá antes, durante e após a contratação”. Melhor: ao tratar da publicidade abusiva e enganosa, aponta o mencionado Parecer n. 45, de 1990-CN, Emenda n. 196, logo no início, que “[...] o tripé que caracteriza o Direito do Consumidor é a prevenção, a reparação e a repressão.”

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor³⁵² trouxe consigo muitas

³⁵¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, 1979. “A vontade das partes contratantes é assim, em grande parte, uma pura vontade do legislador. Esta é que lhes é atribuída como própria, não sendo portanto, mais uma vez, a vontade das partes quem se obriga a si mesma, mas sim a da lei que obriga aquela heteronomamente”. p. 286.

³⁵² A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, publicada no Diário Oficial da União, de 12.11.1990, em suplemento, é

inovações na área contratual. As mais importantes são os *princípios*³⁵³ que objetivamente norteiam as ações entre partes, fornecedores de produtos e serviços e consumidores, segundo consta do artigo 4º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor e uma outra modalidade de contrato, ou seja, a relação de consumo, consoante expressão³⁵⁴ do artigo 2º, parágrafo único do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O Direito do Consumidor resgata os valores e as percepções do homem grego [da cidade e do campo], muito bem lembradas por Werner Jaeger em sua *Paidéia*. Nesse sentido, podemos recordar o sentido e o conceito de contrato por Gustavo Gorção³⁵⁵: “O primeiro e primordial sentido do contrato é ser registro de uma promessa. Essa é sua essência, seu conteúdo positivo. A primeira e primária coisa que eu devo ver num contrato é o que prometi. O contrato é formulação de uma confiança”.

As inovações do Código de Defesa e Proteção do Consumidor comprovam, num certo sentido, a evolução³⁵⁶ que fazem no tempo os costumes, as leis escritas, e o aprimoramento destas para afirmar a Justiça. Os *Princípios Gerais de Direito*³⁵⁷ “[...] são integrados ao Direito Positivo, primacialmente, pelos *princípios* de Direito Natural³⁵⁸ e este, por sua vez, fundamenta o Direito Positivo”.

Agora, com os princípios contidos no Código de Defesa e Proteção do

o Código de Defesa do Consumidor.

³⁵³No artigo 4, *caput* e incisos, e no artigo 6 e incisos do Código de Defesa do Consumidor há uma relação exemplificativa dos princípios. Por exemplo: no “Caput” do art 4. “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, [...] atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo etc. [...] No art. 6, todos os incisos expressam claramente, os princípios que regem as relações de consumo, principiando, no inciso I com o da “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

³⁵⁴Artigo 2, parágrafo único do Código de Defesa e Proteção do Consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

³⁵⁵GORÇÃO, Gustavo. *Três Alqueires e uma Vaca*. Rio de Janeiro: Agir, 1955. p. 203.

³⁵⁶Assim, R. Limongi França. Obra mencionada, *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*, 1963. p. 22, estabelece, que dos costumes, chegamos aos princípios, e destes, às leis (normas).

³⁵⁷FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 22.

³⁵⁸Cf. FRANÇA, R. Limongi. Obra citada, 1963. p. 28 - 29: “[...] a concepção clássica do Direito Natural, [...] sucedeu o jusnaturalismo, cuja maior e mais autêntica expressão foi Hugo Grotius, com a celeberrima obra *De Iure Belli ac Pacis*” Acrescenta que o “Jusnaturalismo, que constitui uma forma de involução da concepção clássica do Direito Natural, apresentou como ponto de partida do respectivo sistema uma ideia abstrata do homem e da sua natureza”.

Consumidor, conforme observou Caenegem³⁵⁹, temos aquilo que Portalis [um dos autores do Código Napoleão] queria, um Código não muito detalhado, com uma razoável margem de liberdade de julgamento e avaliação dos casos individuais que surgem na prática.

Desse modo, o Código de Defesa e Proteção Consumidor tem origem legal no artigo 48 das Disposições Transitórias da Constituição Brasileira promulgada no dia 05 de outubro de 1988, que concedia cento e vinte dias da sua promulgação o prazo para a elaboração do referido Código.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor se insere num contexto de pós-modernidade³⁶⁰, pois rompe com a estrutura legal contratual moderna, ou seja, supera situações disciplinadas pelo Código Civil³⁶¹ e pelo Código Comercial³⁶², cuja fonte inspiradora histórica imediata é o “Código de Napoleão”³⁶³.

Com Andreas von Thur³⁶⁴, paradoxalmente, percebe-se o caráter de novidade da cogência, na relação de consumo: *“La protección de la buena fe es una intromisión de la ley en los derechos adquiridos, en atención a la seguridad del comercio jurídico”*. (grifei)

Verifica-se em certo sentido o rompimento da tradicional vinculação, a manifestação da vontade, substituída pela letra da lei. A liberdade contratual e o

³⁵⁹ Cf. CAENEGEM, R.C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p.15.

³⁶⁰ Pós-modernidade, pós-moderno, são termos genéricos [...] “post” que vem depois, uma ruptura com o moderno, [...] implica num abandono, rompimento, deslocamento, que tornaria o pós-moderno indefinido, uma vez que estamos no início deste deslocamento, e não em posição de ver o pós-moderno como uma positividade plenamente desenvolvida. Afirma-se que a modernidade surgiu com o Renascimento e foi definida em relação à antiguidade, como no debate entre os Antigos e os Modernos”. Ver bem mais, in: FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e Pós-Modernismo**. São Paulo: Studio Livros, 1995. p. 19 e seguintes.

³⁶¹ Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1.916 e a Lei de Introdução, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, publicada no Diário Oficial da União, de 9 e retificado em 17 de setembro de 1942. Entrou em vigor no dia 24 de outubro de 1942, por força do disposto no Decreto-Lei n. 4.707, de 17 de setembro de 1942.

³⁶² Lei n. 556, de 25. de junho de 1850.

³⁶³ Nesse sentido o artigo 1134: “As convenções legalmente constituídas tem o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram. Só podem elas ser revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite. Devem ser executadas de *Boa-fé*”. Artigo 1.135 : “As convenções obrigam não somente ao que está nelas expresso mas ainda a todas as consequências que a equidade, o uso ou a lei derem à obrigação de acordo com a sua natureza”. FRANÇA. **Código de Napoleão** (Código Civil dos Franceses), 30 tomos, ano XII, 21 de março de 1804. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962. p. 179.

³⁶⁴ VON THUR, Andrea. **Tratado de las Obligaciones**. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid,

“pacta sunt servanda”, se constituem nos cânones da contratação. A igualdade e a liberdade contratual, embora meramente formal, são elevadas ao máximo.

Essa liberdade contratual tem por modelo a concepção liberal clássica do direito contratual, em que o ideal de igualdade não se encontra nos resultados finais, mas, sim como se disse, na igualdade formal que têm os indivíduos para ingressar nas relações de troca ou contratuais.

Neste aspecto, a justa e oportuna contribuição de José Reinaldo de Lima Lopes³⁶⁵, ressaltando o fato de que:

[...] a partir do século XVII a fidelidade supera a justiça como virtude fundamental dos contratos”. Justifica com dois argumentos: o primeiro o trabalho da corrente jusnaturalista racionalista – Samuel Pufendorf, Leibniz, Jean Domat, Jhon Locke e Thomas Hobbes–desenvolve uma visão individualista e contratualista da sociedade (as regras permitem a vida civilizada), cria-se pela via contratual, seja o contrato social, que funda a soberania e o direito do príncipe e o espaço público, seja o contrato particular, que funda a individualidade e o espaço privado.

O segundo, com Hugo Grocio,

[...] que prepara esta transição, assinalando que os antigos se equivocaram quando declararam nulas as promessas em que não houvesse sinalagma (reciprocidade de equivalentes), pois o que dá validade à promessa é a vontade de prometer – um direito natural assim é o que se encontra por

Espanha: Editorial Reus, 1934. p. 133. v.1, Tomo I. Tradução Alemã.

³⁶⁵Ver. ANJOS, Márcio Fabri dos; LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). **Ética e Direito: Um Diálogo**. São Paulo: Editora Santuário Aparecida, 1996. Alfonsianum – Instituto de Teologia Moral. (Teologia Moral na América Latina, 12). O que interessa no caso é o artigo de José Reinaldo de Lima Lopes. p. 21: **Ética e Direito: Um panorama às vésperas do século XXI**. Diz o mesmo, José Reinaldo de Lima Lopes, obra citada p. 22, em relação aos jusnaturalistas alemães, assim: Igual, com relação aos jusnaturalistas alemães, remotamente influenciando nos *usus modernus pandectarum*, ou seja, no direito romano elaborado pela academia alemã e origem do Código Civil germânico de 1900, modelo do código brasileiro”. De sua vez José Carlos Moreira Alves, no texto: A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro. p. 29 (–) “[...] tanta foi a dependência do velho direito luso às fontes imorredouras do direito romano – o alto grau de romanização de nosso Código Civil, acentuada expressivamente por Abelardo Lobo nesta proporção: de seus 1807 artigos, 1.445 deitam raízes na cultura romana”. In: SILVA, Clóvis do Couto e, et al. O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL I, 1980, São Paulo. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 42.

traz da obra de Jean Domat, assim como de Roberto Pothier, os avós do Código Civil dos Franceses de 1804.

Ronaldo Porto Macedo³⁶⁶ mostra que a justiça contratual “[...] referia-se à justiça da transação ou da troca, e era pautada pelas idéias de liberdade, igualdade e reciprocidade, o que poderia também ser designado como ‘justiça de troca’ ou ‘justiça comutativa’ “.

A função do contrato no mundo contemporâneo, assinala Cláudia Lima Marques³⁶⁷, “[...] visualizada pelos comparatistas alemães Zweigert e Koetz, é justamente a realização da equidade contratual, dentro da concepção de um Welfare State”. Na opinião da mesma autora, “[...] a justiça contratual encontra-se na equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da Boa-fé de ambas as partes” .

Com o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, a liberdade contratual foi mitigada, reduzida, num sim ou não, em face da cogência³⁶⁸ imposta pela relação de consumo, por isso, pré-ordenada nos traçados do Código de Defesa é Proteção do Consumidor³⁶⁹.

Ainda, o novo, aqui representado pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor, exige um Direito Privado, de todos, não de um grupo particular, de um grupo econômico. Daí a presença firme do Estado para evitar, como diz

³⁶⁶Veja: MACEDO JÚNIOR, Roberto Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 54 e seguintes, onde o Autor trabalha com detalhes a questão da visão liberal como justiça de troca.

³⁶⁷MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 77. Zweigert, Konrad e Koetz, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, II, Tübingen, Mohr, 1984 (cit., Zweigert/Koetz).

³⁶⁸Esta cogência vem expressa no artigo 1º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

³⁶⁹Interessante a observação dos autores do anteprojeto de que a Constituição optou por um Código. É exatamente o que temos hoje com a lei, e explicam que na tramitação do Código, o lobby dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal [...] A artimanha foi superada rapidamente com o contraargumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim o era”. Referem-se ao conteúdo do art. 48 das Disposições Transitórias: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Lorenzetti³⁷⁰, que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade.

Pontes de Miranda observou³⁷¹ que o Estado, ao legislar sobre si-mesmo e sobre pontos que reputa essenciais à sua vida como Estado, seu interesse é que se observe: o Direito econômico e o Direito social, de ordem intrínseca.

Ali – curar da produção, aqui - dos trabalhadores: reações contra o liberalismo econômico, ali no sentido de proteção objetiva (produção), às vezes, porém, desgraçadamente subjetiva (empresas, banqueiros, certos proprietários que não podem resistir aos movimentos de seleção), aqui no sentido de minorar os efeitos desastrosos dos dois *princípios* conjugados e vigentes (liberdade de contratar, liberdade de propriedade).

A transição para o período moderno, marcada pelo início da Revolução Industrial³⁷², para o mundo contemporâneo, é reconhecida por muitos como uma transição para o mundo dos serviços³⁷³, da informação³⁷⁴, daí faz sentido a

³⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998. p. 540 e seguintes: “[...] trata-se de evitar a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios. Aqui faz seu ingresso a ordem pública de coordenação e de direção”.

³⁷¹ Cf. MIRANDA, Pontes de. Artigos 1 – 103. In: COMENTÁRIOS à Constituição da República dos E.U do Brasil. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p. 57.

³⁷² Nesse sentido: HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio DE Janeiro: Zahar, 1962. p. 196 e seguintes. Aqui o autor mostra com toda a clareza (o cenário é a Inglaterra a partir do ano de 1700) o impacto que as máquinas a vapor causaram na economia, na produção de produtos fabris, de carvão, de cobre, fundições, e por fim na vida das pessoas. Nas palavras do citado autor (p. 199) “A revolução na indústria e agricultura foi acompanhada pela revolução nos transportes”.

³⁷³ Em livro: MASI, Domenico de. **A sociedade Pós-Industrial**. 2. ed. São Paulo: Editora Senac, 1999. p. 48 e seguintes, traça uma comparação das características principais da sociedade pré-industrial, industrial e pós-industrial. Nesta, “[...] podemos ver claramente que tendo como ponto de partida os recursos principais as características são: inteligência, conhecimento, criatividade, informações, laboratórios científicos e culturais. Enquanto que os recursos disponíveis, na revolução industrial os recursos disponíveis eram: meios de produção, matérias-primas, patentes, e produtividade. Assim, é possível concluir que dificuldades houve na transição da sociedade rural, para a sociedade industrial e desta para a pós-industrial. Dai podemos concluir que alterações ocorreram também no plano das leis. Assim, na legislação trabalhista, nos contratos civis, nos contratos comerciais etc. “No final da referida obra, p. 417, Adriana Signorelli mostra outros aspectos dessa passagem: “O Estado moderno não é outra coisa senão a extensão e o aprofundamento do Estado protetor que dava segurança reduzindo a incerteza acerca dos direitos individuais e da propriedade. Passou-se, porém, da garantia da propriedade à do consumo, da concepção organicista à economicista baseada no mercado, da incerteza da providência divina à certeza da providência estatal baseada na noção de probabilidade estatística (previdência, assistência)”. Propõe outra opção que denomina de ‘terceira dimensão’ onde a solução indicada é a do desenvolvimento de uma ‘terceira dimensão’, entre Estado e mercado, baseada na descentralização, na autonomização na solidariedade: isto é, baseada naquela dimensão, autogestionária e intrasocial, que para Rosanvallon deveria substituir o Modelo Keynesiano em crise”. Observo que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, num certo sentido, cotempla alguns artigos que caminham na direção mencionada, por exemplo: no artigo 4, inciso II, incentiva a criação de associação de defesa dos interesses dos consumidores. No inciso III do mesmo artigo, propõe a

expressão no presente trabalho o termo pós-modernidade, cuja modernidade, em transição, reconhecidamente, não terminou. Vivemos uma transição cujo sentido e direção são desconhecidos. O fato é que, esta transição, ou pós-modernidade, vem provocando alterações³⁷⁵ no mundo do trabalho, do emprego, da indústria, do Estado, das fronteiras, e, também, no mundo das leis, e dos códigos.

Para outros, trata-se de um movimento contra qualquer intervenção do Estado no mecanismo do mercado, e designam tal movimento como neo-liberalismo³⁷⁶. Daí os reflexos, nas relações das pessoas com as coisas; do Estado³⁷⁷ com as empresas e as pessoas; e as obrigações daí decorrentes desta situação. Por isso, num certo sentido, contraditoriamente, pós-modernidade no Direito pode ser entendida como constitucionalização do Direito Civil³⁷⁸.

harmonização dos interesses dos fornecedores, do Estado e dos Consumidores, com vistas ao conteúdo do artigo 170 da CF/88). No inciso V, propõe aos fornecedores que controlem a qualidade de seus produtos, objetiva a sobrevivência das empresas em face da concorrência, e assim por diante.

³⁷⁴ SANTOS, Milton. **Técnica espaço Tempo**: Globalização e meio técnico-científico internacional. São Paulo: Hucitec, 1997. p. 90, 91 e 92, demonstra como a velocidade na troca de técnicas e de informações fazem do homem o *fraco*: “Pelo simples fato de viver, somos, todos os dias, convocados pelas novíssimas inovações, a nos tornarmos, de novo, ignorantes, mas, também, a aprender tudo de novo. Trata-se de uma escolha cruel e definitiva. Nunca, como nos tempos de agora, houve necessidade de mais e mais saber competente, graças à ignorância a que nos induzem os objetos que nos cercam, e as ações de que não podemos escapar”.

³⁷⁵ Para muitos, a exemplo de PAIN, Jairmildo Silva; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A crise da Saúde Pública e a Utopia da Saúde Coletiva**. Salvador, Bahia: Casa da Saúde-ISC-UFBA-Casa da Qualidade Editora, 2000. p. 75 - 76: “[...] vivemos momentos de ruptura de paradigmas – e para tanto – referidos autores lembram de SANTOS, B.S. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 200. p. 55, o seguinte: “[...] os paradigmas socioculturais nascem, desenvolvem-se e morrem. Assim o paradigma da modernidade surgido entre os séculos XVI e XVIII centravam-se em dois pilares: regulação e emancipação. O primeiro foi construído pelos princípios do Estado (Hobbes), do mercado (Locke e Adam Smith) e da comunidade (Rousseau). O segundo seria formado pelas racionalidades weberianas: estético-expressiva (artes e literatura), cognitivo-instrumental (ciência e tecnologia) e moral-prática (ética e direito). Assim o paradigma sociocultural da modernidade, embora ambicioso e revolucionário, enfrenta as contradições entre os dois pilares, gerando promessas não-cumpridas e déficits irremediáveis. Desse modo, “[...] o que mais nitidamente caracteriza a condição sociocultural deste fim de século é a absorção do pilar emancipação pelo da regulação”.

³⁷⁶ No livro, de SADER, Emir; GENTILI, Pablo. (Org.). **Pós- neoliberalismo: as Políticas Sociais e o Estado Democrático**. Rio. De janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9 e seguintes, Perry Anderson o autor do Artigo: **Balanço do Neoliberalismo**, diz que o neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, quando imperava o capitalismo (Europa e EUA), como reação ao estado (intervencionista) de bem – estar. Seu mentor foi Friedrich Hayek, com o texto “O Caminho da Servidão”, escrito em 1944. Hayek, no texto em questão, segundo Perry Anderson, ataca qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado.

³⁷⁷ Nesse sentido, a análise de SANTOS, Milton. **Técnica Espaço Tempo**: Globalização e Meio Técnico-Científico Informacional. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1997. p. 98, demonstra que as empresas (indústria, comércio e o sistema financeiro) ditam as estratégias: o Estado se limita a regular, por exemplo, no mundo do trabalho: “Hoje, uma organização precede e preside à estruturação do trabalho, a partir do nível mundial, ditando as formas de vida das sociedades as mais diversas, e pretendendo mesmo impor as modalidades com as quais os diversos povos realizam o seu estatuto nacional. As formas de intervenção atual dos grandes organismos internacionais na vida íntima de cada país são o exemplo”.

³⁷⁸ Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfil do Direito Civil**: Introdução ao Direito Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5: “Ao lado do Código Civil de 1942 [Código Civil Italiano], ainda em vigor com algumas modificações, cabe considerar o notável peso da legislação emanada posteriormente. Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O

Digo contraditoriamente porque a constitucionalização do Direito não deixa de ser uma intervenção do Estado nas relações de troca, em tempos de desregulamentação, quando se apregoa o máximo de liberdade ao setor privado. Exemplo de tal “intervenção” é o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, em que as condições gerais do contrato já estão estabelecidas. Por isso, há lugar para os *princípios* gerais, para as questões éticas, apesar da resistência dos modernos. Ou, de outro modo, como tem dito a Professora Cláudia Lima Marques³⁷⁹, há um retorno aos princípios axiológicos.

Nesse sentido, realmente, há uma perda de contato com as matrizes jurídicas alinhadas com os valores, que hoje se encontram, para espanto de muitos, no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, como, por exemplo o *princípio* da *Boa-fé* (artigo 4º, inciso III), os direitos básicos do consumidor (artigo 6º e seus incisos), as práticas abusivas (artigos 39 ao 41), as cláusulas abusivas enumeradas no artigo 51, etc.). Seria diferente, quem sabe, se Clóvis Beviláqua tivesse positivado a *Boa-fé* (objetiva), como no Código Civil Francês, ou no Código Civil Alemão (BGB). Se assim tivesse ocorrido o Direito teria se enriquecido. Os comentários de Ludwig Eneccerus e Martin Wolff³⁸⁰ estão na ordem do dia em face dos temas como, por exemplo, abuso de direito, dever de conduta; Ludwig Eneccerus, Martin Wolf³⁸¹: *Boa-fé* delimitação, *Boa-fé* conceito, *Boa-fé* usos; *Boa-*

Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

³⁷⁹A Professora Cláudia Lima Marques vem, de muito tempo, semeando por este Brasil, em suas palestras e escritos, que é preciso reconhecer dentre outras características da pós-modernidade, cultura pós-moderna: o pluralismo, a comunicação, a narração, o que, seu orientador de Doutorado, Dr. Erik Jayme, chama de *LE RETOUR DES SENTIMENTS*, (grifei) sendo o *Leitmotive* da pós-modernidade a valorização dos Direitos. Acrescenta que “[...] para Jayme o Direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade”. Cf. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 11, n. 1, p. 13, jan./mar. 2000. Artigo, Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado – de autoria da Professora Cláudia Lima Marques. p.13.

³⁸⁰Cf. DERECHO de Obligaciones. I. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; Wolf, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Revisão de Heinrich Lehmann. Tradução da 35 edição alemã com estudos de comparação e adaptação para a legislação e jurisprudência espanhola por Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. p. 18 – 22. v.1. Tomo II.

³⁸¹Cf. INTRODUCCION Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos/ Sujeto del Derecho. Objeto del Derecho. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. 13. revisión por Hans Carl Nipperdey. Tradução da 39. ed. alemã com estudos de comparação e adaptação para a legislação e jurisprudência espanholas por Blas Pérez Gonzales; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. p. 117, 120, 162. v. 1. Tomo I. Parte General I.

fé usos do tráfico³⁸²; ainda Ludwig Eneccerus, Martin Wolf³⁸³: *Boa-fé* e forma de declaração, impugnação por dolo e *Boa-fé*, interpretação e *Boa-fé*. Andreas von Thur³⁸⁴, também, por sua vez aborda os temas *Boa-fé* e *Boa-fé* proteção de direitos; ainda Andreas von Tuhr³⁸⁵, *Boa-fé* erro, *Boa-fé* oferta; novamente Andreas von Thur³⁸⁶: *Boa-fé* interpretação, *Boa-fé* limites, *Boa-fé* dolo, e *Boa-fé* dever de conduta. Henri y Léon Mazeaud – Jean Mazeaud³⁸⁷: *princípio da Boa-fé*, *Boa-fé* e equidade, *Boa-fé* dever de conduta, *Boa-fé* restrição à autonomia da vontade, *Boa-fé* fatores sociais, contrato de adesão, contratos impostos, *Boa-fé* direito público e *Boa-fé* direito privado, e *Boa-fé* vontade interna e vontade declarada, e sobre *Boa-fé*³⁸⁸ e inversão do ônus da prova.

Mas todos sabemos que não foi assim. A Professora Cláudia Lima Marques da destaque para o retorno aos valores, como já assinalamos. Estes, estão, consagrados, agora, entre nós, no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, como se verá melhor adiante.

A pós-modernidade, no pensar da Professora Cláudia Lima Marques³⁸⁹, se afigura cética quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas

³⁸²Cf. INTRODUCCION Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos/ Sujeto del Derecho. Objeto del Derecho. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**, 1947. p. 161 / 162. (assim: "Los actos usuales en el tráfico sólo establecen derecho consuetudinario cuando concurren todos los requisitos del mismo (supra § 36) . De no ser así, se habla de uso del tráfico, de usos de los negocios(en el comercio, de usos mercantiles, de costumbres mercantiles). II. Los usos del tráfico, que han de estar en armonia con la buena fe, tienen trascendencia en múltiples aspectos."

³⁸³Cf. NASCIMIENTO, extinción y modificación de los derechos subjetivos - pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**. 2. revisión por Hans Carl Nipperdey. Tradução de Blas Pérez Gonzales; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. v. 2. ed. al cuidado de José Puig Brutau. p. 123 , 225, 421. Tomo I. Parte General.

³⁸⁴Cf. VON THUR, Andreas. **Derecho Civil: Teoría Geral de Derecho Civil Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1947. p. 157. v. 2 .

³⁸⁵Cf. VON THUR, Andreas. **Tratado de las Obligaciones**. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid, Espanha: Editorial Reus, 1934. P. 132, 134. v. 1. Tomo I.

³⁸⁶Cf. VON THUR, Andreas. **Derecho Civil: Teoría Geral de Derecho Civil Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1947. Los Hechos Jurídicos. El Negocio Jurídico (cont.) La ilicitud. El Tiempo. Ejercicio y proteccion de los derechos 1948. p. 261, 262, e 267 .

³⁸⁷ . OBLIGACIONES: El Contrato. La Promessa Unilateral. In: HENRI; MAZEUD, Léo; MAZEUD, Jean. **Lecciones de Derecho Civil**. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1963. p. 26, 27, 31, 35, 37 - 41, 53, 130, 133, 134.

³⁸⁸LOS PRINCIPALES Contratos. In HENRI; MAZEUD, Léo; MAZEUD, Jean. **Lecciones de Derecho Civil**. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1963. p. 310.

³⁸⁹ **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 11, n. 1, p. 15, jan. / mar. 2000. Netse sentido veja-se também de JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759. p. 24 - 40. E da Professora MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 1). Especialmente na p..57 item 2.4: Os contratos cativos de longa duração e notas de rodapé 105 a 111, onde a autora aponta os precursores do

adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor apresenta um sentido do novo. Ele é diferente porque pode, em razão dos *princípios* já mencionados, reconhecer no contratante uma pessoa humana, um consumidor, um comprador, o economicamente, o fisicamente, o etnicamente, o tecnologicamente vulnerável³⁹⁰. Logo, seu conceito de parte não é abstrato, é real, é comprometido. Assim, já acontece no Direito do Trabalho, pois a Consolidação das Leis do Trabalho é um ordenamento reconhecidamente favorável aos interesses contratuais do operário.

Roberto Mangabeira Unger³⁹¹ acompanha a Professora Cláudia Lima Marques, contribuindo com o argumento da solidariedade. A razão é a seguinte: “O verdadeiro motivo reside no papel central desempenhado pela solidariedade na vida moral, e na impossibilidade de resolver-se o problema da solidariedade através de qualquer sistema de direitos baseados na igualdade de respeito ou diferenças de mérito. A essência da solidariedade é o sentimento de responsabilidade que nutrimos por aqueles cujas vidas se relacionam com a nossa, de um modo ou de outro, a nossa maior ou menor disposição de compartilhar do seu destino. A solidariedade é a face social do amor; é o interesse por um indivíduo como pessoa, e não o mero respeito a quem tem direitos e deveres formalmente iguais, ou a admiração pelos seus dotes e realizações”³⁹².

Já com os Códigos do Direito Clássico³⁹³, conforme relata Ronaldo Porto Macedo Júnior, não ocorre o mesmo, pois são editados com base em três *princípios*: impessoalidade, generalidade e abstração e são regidos sob a forma de um código binário: permitido ou proibido, legal ou ilegal, constitucional ou

movimento pós-modernista, no direito - dentre eles, no Brasil, a autora lembra José Eduardo Faria e Eros Roberto Grau.

³⁹⁰ Nesse sentido. MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade e nas demais Práticas Comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 115.

³⁹¹ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna: Contribuição à Crítica da Teoria Social**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 205 e seguintes.

³⁹² Roberto Mangabeira Unger, obra acima citada, p. 215.

³⁹³ Nesse sentido, MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, refere-se ao Direito Clássico como o Direito positivado, herdado do Código de Napoleão. O Direito

inconstitucional.

O fato é que os tempos pós-modernos são de esgotamento dos ideais da Revolução Francesa³⁹⁴, cujas inquietações trazem novos paradigmas, nas artes, na organização do Estado, na economia e também no direito, mas entre nós, o novo, no Direito, como já se disse, é representado pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O desligamento das estruturas legais contratuais clássicas do Código de Napoleão vem sendo entre nós anunciado de muito tempo atrás.

Nesse sentido, o Professor Fábio Konder Comparato se manifestava em 1978³⁹⁵ sobre a conscientização do consumidor, estabelecendo um paralelo das deficiências do *princípio* da autonomia da vontade no Direito do Trabalho, nas questões contratuais e no Direito do Consumidor.

A Professora Cláudia Lima Marques³⁹⁶ adota a expressão *contratos de consumo*, de Calais-Auloy, cujo significado é “[...] todas as relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços”. A expressão “*Relações de Consumo*”, para a Professora Cláudia Lima Marques, vem cunhada no capítulo VI do Código de Defesa e Proteção do Consumidor – Da Proteção Contratual – logo no início do artigo 46: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Assim, a relação de consumo representa uma superação do individualismo, tão criticado no Direito Clássico. Quase esquecemos que o Direito foi feito para

Contratual Clássico iniciou no século XVIII e teve seu apogeu no século XIX, cf. p. 43 e seguintes.

³⁹⁴Nesse sentido MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 59. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 1). (Ver nota de rodapé n. 111).

³⁹⁵Ver: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. (onde já trabalhava criticamente questões de Direito Econômico e de Relações de Consumo).

³⁹⁶No clássico: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 98.

proteger a pessoa humana. Nesse sentido vale lembrar Del Vecchio³⁹⁷, pelas mãos de R. Limongi França: “O *Direito tem sua fonte essencial na natureza humana*”. *Esta é a causa final do Direito*”. (grifei)

O Consumidor, dizia Orlando Gomes³⁹⁸, já em 1971, carecia de “norma imperativa”, a qual deveria proteger o aderente na relação contratual. Nesse sentido, criticava o contrato de adesão. Deseja uma lei que viesse a controlar a abusividade contida nos contratos de adesão e permitir a sua anulabilidade.

A legislação de proteção e defesa do consumidor (consumerista), se desenvolveu como evolução dos Direitos Humanos e chegou até nós, também, por força dos movimentos sociais³⁹⁹, por melhoria de qualidade de vida, e por melhoria da qualidade dos produtos e serviços.

Antônio Herman Benjamin⁴⁰⁰, com razão, considera Welfarista a Constituição Federal de 1988 que: “[...] tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Evoluiu, então, de reivindicações salariais, habitação, até o direito de ser convenientemente educado, informado, como consta na Declaração das Nações Unidas sobre o Progresso e Desenvolvimento Social, aprovada pela Assembléia Geral em 1969 (Resolução 2.542, de 11 de dezembro de 1969, art. 5 e 10) até a consagração, entre nós, destes Direitos, nos incisos IV, V e VIII do artigo 4, c/c o inciso II e III do artigo 6, todos do Código de Defesa e Proteção do”.

O Direito vigente nos Estados Unidos da América do Norte, num certo sentido, foi

³⁹⁷ Cf. FRANÇA, R. Limongi França, obra citada, 1963. p. 65 – em nota de rodapé 123 – cita “Giorgio Del Vecchio, Le Problème des Sources du Droit Positif. In: Trabalhos da Primeira Sessão do Instituto International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, p. 21, Paris, 1934”.

³⁹⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1971. p. 116 - 117.

³⁹⁹ AMARAL, Luiz. **Relações Consumo**, Brasília, DF, v. 8, n.1, p. 6 e seguintes, 1984. Ministério da Justiça. Departamento de Imprensa Nacional. Brasília. (Coleção Textos Legais).

⁴⁰⁰ In: O transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26. abr./jun. 1998. Edição Especial. Revista dos Tribunais, no Artigo: O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do

também fonte de inspiração⁴⁰¹ da legislação consumerista. José Geraldo Filomeno⁴⁰² lembra que não é por acaso que o chamado “[...] movimento consumerista”, tal qual nós o conhecemos hoje, nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que os movimentos sindicalistas lutavam por melhores condições de trabalho e do poder aquisitivo nos “chamados frigoríficos de Chicago”. Somente, em 1891, com a criação da Consumer’s League em Nova York é que se cindiu o movimento trabalhista consumerista, cada qual enveredando pelo seu próprio caminho.

Luiz Amaral⁴⁰³ lembra, como referência histórica, o Sherman Act, de 1890; o Combines Investigation Act, de 1910 e o Clayton Act, de 1914. Além disso, na América, existem entidades privadas⁴⁰⁴, desde laboratórios, jornais, revistas e entidades públicas que são mantidas com subvenções com objetivo de defender os direitos do Consumidor. No mesmo sentido, na área governamental existe⁴⁰⁵ uma enormidade de agências governamentais, mais de 50 (cinquenta), especializadas por setores, uma comissão específica e um assistente social,

Consumidor, p. 40. Fundamenta também sua análise nos artigos 1, inciso III e artigo 3, inciso I, ambos da CF/88.

⁴⁰¹Nesse sentido, Antônio Hermann Benjamin, co-autor do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, ilustre membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e mestre em Direito pela University of Illinois. EUA. Igual, Ronaldo Porto Macedo Jr, com seu livro: **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. Foi “Visiting Scholar” na Harvard Law School de 1994 a 1996.

⁴⁰²Referido autor, no “Código de Defesa do Consumidor”. 4. ed. 2. tiragem. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. (Universitária Biblioteca Jurídica). Ao comentar os artigos 4 e 5 relata as bases sociais históricas em questão. p. 44, 45.

⁴⁰³“Por consumidor a lei americana entende o comprador de cada produto de consumo que adquire o bem com o propósito diverso daquele de revendê-lo, ou qualquer outra pessoa a quem o produto seja transferido no período de duração de uma garantia implícita, ou de uma garantia escrita. [...] A definição de consumidor acha-se estreitamente relacionada com a de outros dois termos: produto de consumo e garantia”. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 2, p. 155. (Biblioteca do Direito Consumidor).

⁴⁰⁴Cf. MARAL, Luiz. **Relações de Consumo**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 6. 1984. Obra acima citada. (Coleção textos legais).

⁴⁰⁵MARAL, Luiz. **Relações de Consumo**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 6. 1984. Obra acima citada. (Coleção textos legais). e seguintes. Por ser esclarecedor no tocante à consagração dos Direitos do Consumidor no concerto das Nações, transcrevo parte do período do texto de Luiz Amaral: “Assim, a Organização Internacional da União dos Consumidores (IOCU), sediada em Haia, congregando mais de 50 entidades de diversos países, e considerada órgão consultivo de Segunda categoria da ONU, vem prestando assessoria às entidades e governos interessados na proteção ao consumidor [...] Já em 1962, o Presidente Kennedy, em sua primeira mensagem ao Congresso norte-americano, tratando dos interesses do consumidor, consagrou os princípios básicos da questão: os bens e serviços colocados no mercado devem ser saudáveis e seguros para o uso; promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições dos bens e serviços e ainda o direito a preços justos. Seguindo esse feliz descortino, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29 Sessão (1973), realizada em Genebra, reconheceu basicamente aqueles princípios como direitos fundamentais do consumidor”.

todos vinculados à Presidência da República.

O fato é que, nos EUA, tais movimentos, em busca por direitos e justiça, e, também, a jurisprudência evoluíram, alargando o conceito de “warranty”⁴⁰⁶ para além das partes contratantes⁴⁰⁷, para proteger terceiros lesados por vícios da coisa. Por isso, incluíram, na indenização, além do valor pela perda da coisa, o ressarcimento por danos à saúde e à integridade física do comprador.

Alberto Luiz do Amaral Júnior⁴⁰⁸ nos brinda com duas jurisprudências.

Na primeira, referente à empresa Coca Cola Bottling Works v. Lyons, de 1927,

[...] decidiu-se que a garantia oferecida pelo vendedor originário não se limita ao contrato por este celebrado com o vendedor, acompanhando a mercadoria até o consumidor final.

No segundo, exemplo jurisprudencial, narra o caso Henningsen Blomfield Motors Co, que diz respeito à aquisição de um veículo da marca Crysler, de uma revendedora, a Blomfield, para presentear à sua esposa, a qual, mais tarde, veio a colidir com uma parede, sofrendo vários ferimentos, em face de um defeito na direção do referido veículo. Na defesa, as empresas alegaram irresponsabilidade, por inexistência de relação contratual com a esposa, e em cláusula contratual que exonerava o fabricante e a revendedora de garantias, quer implícitas, quer expressas. A sentença considerou que “[...] nos casos de venda em massa, não têm validade as cláusulas destinadas a excluir a responsabilidade de qualquer dos intermediários na cadeia de circulação dos produtos, vinculando diretamente o fabricante. A responsabilidade do fabricante se estabelece independentemente de sua culpa.

⁴⁰⁶Nesse sentido, AMARAL JÚNIOR, Alberto Luiz. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**, 1993. Obra citada, p. 175 e seguintes.

⁴⁰⁷Alberto Luiz Amaral, na obra supra mencionada, p. 176, cita dois fatores, que compensa lembrar, em face da importância na consolidação e na evolução dos direitos do consumidor nos EUA. O primeiro com a “warranty of merchantability”, destinada a proporcionar maior tutela ao comprador na medida em que assegura a existência de um conteúdo mínimo para os contratos. À “Warranty of merchantability” veio se juntar, principalmente por obra de Williston, a garantia de “fitness for purpose”, pela qual se garante ao comprador que a coisa objeto do contrato é idônea ao uso a que se destina” (apud, Williston, On Sales, New York, 1948, par. 230).

⁴⁰⁸AMARAL JÚNIOR, Alberto Luiz. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**, 1993. p. 189, da obra acima mencionada, cita o caso decidido pela Corte de Cassação, “[...] em decisão de 27 de abril de 1971, julgando o recurso apresentado à decisão de primeira instância, considerou que “[...] todo fabricante é obrigado a conhecer os vícios que afetam a coisa fabricada”.

No continente Europeu, o Direito do Consumidor ganhou quantitativamente, maior expressão, em face dos interesses econômicos⁴⁰⁹ dos países que integram a União Européia. Tais interesses, facilitados, também, pela concorrência e livre circulação de produtos e serviços, obrigaram uma melhoria da qualidade final dos produtos e serviços, num primeiro momento. Depois, as diretivas⁴¹⁰ forçaram ou possibilitaram, a criação de leis, regulamentos etc. Nesse sentido, surgiu na França o projeto de Código de Consumo elaborado sob a orientação do Prof. Jean Calais-Auloy. Aí, a doutrina e a jurisprudência⁴¹¹, procurando oferecer respostas a problemas sobre vícios da coisa vendida, evoluíram no sentido de atribuir responsabilidade agravada ao vendedor profissional e ao fabricante, em razão da atividade que exercem.

O fato é que, no Brasil, o Direito, num sentido amplo, sempre, sofreu influência de pensadores, de movimentos, da legislação, da doutrina e da jurisprudência de povos estrangeiros como se disse acima. No Império, e em parte do período Republicano, nossas leis foram as Ordenações Portuguesas, só revogadas em 1916, consoante o artigo 1807 do Código Civil⁴¹².

Nossos advogados, juristas, bacharéis, estudavam na Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal. Nosso olhar jurídico era clássico, Europeu⁴¹³. Daí a forte

⁴⁰⁹Os interesses econômicos estratégicos inicialmente da CEE -Comunidade Econômica Européia, hoje União Européia, inicialmente trouxeram muitos problemas de harmonização de tais interesses com a legislação de cada país. Ver: QUADROS, Fausto. Quadros. **Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público**. Lisboa: Almedina, 1991. Coleção Teses. Num dos Estados membros, a Itália, o problema das relações do DC com a respectiva ordem jurídica interna tornou-se mesmo num problema crônico do Direito Público, dadas as dificuldades que a respectiva Constituição coloca à aplicação do DC na ordem estadual" [DC: refere-se ao Direito Constitucional]. p. 21.

⁴¹⁰Nesse sentido, por exemplo, a CONVENÇÃO Européia sobre Responsabilidade de Fato por Produtos em Caso de Lesões Corporais ou Morte. Estrarburgo, 1977. Ver expressamente o artigo primeiro, assim: "Cada um dos Estados contratantes ajustará seu direito interno às disposições da presente Convenção, o mais tardar na data de sua entrada em vigor no que lhe diz respeito". **Revista de Direito Civil. Imobiliário: Agrário e Empresarial**, ano 2. jan. / mar. 1978. p. 194.

⁴¹¹Nesse sentido. AMARAL JÚNIOR, Alberto Luiz. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**, 1993. p.187.

⁴¹²Assim, o artigo 1807 do referido Código: "Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Lei, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste código".

⁴¹³Nesse contexto, o "Brasil separa-se de Portugal no primeiro quartel do século XIX, justamente no momento em que o jusnaturalismo é substituído pelo liberalismo implantado pela revolução de 1820 que iria determinar importantes reformas legislativas que culminariam, em 1867, como Código Civil Português". Texto de ALVES, José Carlos Moreira. A contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE

influência que Juristas e doutrinadores europeus exerceram no Direito brasileiro: Pontes de Miranda, Clóvis Bevilacqua, Miguel Maria de Serpa Lopes, Augusto Teixeira de Freitas, Miguel Reale sofreram, também, essa influencia.

A Faculdade de Direito de Recife⁴¹⁴, no entanto, tinha fortes laços com a doutrina e a jurisprudência alemã. Aqui temos a figura de Tobias Barreto.

A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP – Largo de São Francisco – sofreu traços da influência da doutrina dos juristas italianos, como o Professor Nicolau Naze⁴¹⁵, Roberto Ruggiero, Giorgio Del Vecchio.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ –, igualmente sofreu a influência italiana através dos Professores Gustavo Tepedino, Rosângela Lunardelli Cavallazzi⁴¹⁶ dos autores italianos Enzo Roppo e Pietro Perlingieri. Atualmente, por exemplo, temos a contribuição de Antônio Herman Benjamin, José Reinaldo de Lima Lopes, Ronaldo Porto Macedo Júnior e demais membros do Ministério Público paulista que estudavam as leis, as doutrinas e as jurisprudências de vários países, como EUA, Inglaterra e outros da Europa Continental, escrevendo suas impressões, como vimos no decorrer do presente trabalho.

A Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS –, por sua vez, recebe traços da doutrina alemã, principalmente através do trabalho

DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. SILVA, Clóvis do Couto e Silva et al. Obra citada, 1980. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 29. No mesmo texto, na p. 38, ao referir-se à contribuição de Teixeira de Freitas com a Consolidação das Leis Civis: “A ele principalmente deve o Código Civil Brasileiro esta apreciação de uma das mais notáveis obras de direito civil escritas na Alemanha, o Tratado de Enneccerus, Kipp e Wolff: ‘A mais independente das codificações latino-americanas é o código Civil Brasileiro de 1 de janeiro de 1916’.

⁴¹⁴A Faculdade de Direito do Recife se constitui, segundo Clóvis do Couto e Silva, em momento específico dentro do Direito Brasileiro, e justifica: “Esse movimento não atinge, propriamente, a Escola de São Paulo, em que os aspectos práticos predominaram até data recente, não havendo trabalhos sistemáticos de importância no Direito Civil. Isto talvez possa esclarecer o predomínio, desde cedo, do Direito Processual sobre as demais disciplinas jurídicas, com a formação do que mais tarde se denominaria a ‘Escola Paulista de Direito Processual’, cujo início antecede, em muito, a vinda de Enrico Tulio Liebmann ao Brasil, e os anos em que lecionaria no “Largo de São Francisco”, muito embora houvesse nos professores de Direito Civil uma reação contra a Escola da Exegese, através do conhecimento de autores italianos, tais como Cogliolo, Cimbali, Gabba, e Gianturco, que professaram o método sistemático e eram adversários sérios daquela Escola”. Ver. SILVA, Clóvis do Couto e, et al. artigo sob o título: O Princípio da *Boa-fé* no Direito Brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 59.

⁴¹⁵Publicou em 1935 na USP, Largo de São Francisco a monografia “Os Princípios Gerais de Direito”. Nesse sentido ver, FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 113.

⁴¹⁶Professora da UERJ e da Faculdade de Direito de Campos, RJ, onde é responsável pelo Curso de Pós-Graduação.

de Clóvis do Couto e Silva⁴¹⁷, e mais mais recentemente, da Professora Cláudia⁴¹⁸ Lima Marques.

Além disso, não podemos desconsiderar⁴¹⁹, muito antes, a influência exercida em nossa cultura jurídica pelos movimentos sociais, pelas declarações de direitos e legislações dos povos mais antigos, como a legislação mosaica - (Oriente Médio- 1500 a.C.), pela Lei das XII Tábuas - Roma- (450-449 a.C.), o Corpus Juris Civilis – Roma - (533-534d.C), a Magna Carta – Inglaterra - (1215), a Grande Carta de Henrique III – Inglaterra - (1225); a Declaração dos Direitos – Inglaterra - (1689); a Declaração dos Direitos de Virgínia – EUA - (1776); a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - França - (1789); o Código de Napoleão – França - (1804); e a Constituição de Weimar – Alemanha - (1919).

Internamente, nosso olhar se volta para as Ordenações Portuguesas; para a Constituição do Império (1824); para o Código Comercial de 1850; para o Código Civil de 1916, para a Constituição do Brasil de 1946; para a Constituição Federal de 1988; e para o Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Toda essa legislação se insere num contexto evolutivo e de consagração do Direito Integral, dos Direitos Sociais (não apenas nominal), cuja fonte imediata se encontra na Doutrina⁴²⁰ Escolástica da Idade Média e na Constituição⁴²¹ de Weimar de 1919. Mais especificamente, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor é, também,

⁴¹⁷Neste sentido, vale conhecer: SILVA, Clóvis de Couto e. **A Obrigação como Processo**. 1964. 233 f. Tese (Concurso da Cadeira de Direito Civi) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS.

⁴¹⁸Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre em Direito Civil e Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübinguen, Alemanha.

⁴¹⁹Nesse sentido ver: LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000; FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963; MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Involução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981. GUIMARÃES, Affonso Paulo. **O Direito Natural e o Estado de Direito**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

⁴²⁰Cf. La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919. Texto completo, comentarios, historia y juicio crítico. Dr. Ottmar Büthler. obra citada, p. 110: “[...] Ricardo Schmidt (Prehistoria de las Constituciones escritas, 1917) demostró, además, que la idea de los derechos fundamentales se hallaba ya en la doctrina escolástica de la Edad Media.”

⁴²¹Cf. BÜHLER, Ottmar. **La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919**. Tradução de José Rovira Armengol. Madrid, Espanha: Biblioteca de Cultura Política, 1931. Texto completo, comentarios, historia y e juicio crítico. Dr. Ottmar Büthler. Nesse sentido, ver: PASQUINO, Gianfranco, et al. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 266. “um interesse particular a alemã, de 1919, (Constituição de Weimar) [...] muitas dessas Constituições tentavam, não só oferecer uma disposição “racionalizada” da organização constitucional, como também garantir, ao lado dos tradicionais direitos à liberdade, os chamados direitos sociais”.

o resultado de uma série de estudos e exame de normas, de diretivas européias, de leis, de doutrinas, e de jurisprudência, norte-americanas e européias.

Não é novidade, que se afirme no Parecer n. 45, de 1990-CN⁴²², já mencionado, na Emenda n. 42: “[...] o Código, a exemplo da legislação estrangeira mais moderna (Diretiva n. 85/374, da Comunidade Econômica Européia, as novas leis portuguesas, alemãs, italianas, gregas e inglesas, assim como o direito norte-americano), adotou para os acidentes de consumo o *princípio* da responsabilidade civil objetiva, em uma forma mitigada”. “Buscou-se uma solução de equilíbrio que garantisse, a um só tempo, os interesses dos consumidores e dos fornecedores. Tanto assim que, para contrabalançar a objetivação da responsabilidade, erigiu-se toda uma série de excludentes para o fornecedor”.

Para concluir, “[...] exemplifica-se⁴²³, da Grã-Bretanha, a Lei de Proteção ao Consumidor de 1987(The consumer Protection Act 187, contribuições sobre sanções penas e civis. Da França, por exemplo, a Lei 27 de Dezembro de 1973, conhecida como Lei ‘Royer’, que cuida basicamente da publicidade enganosa”.

Boa-Fé Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

O Direito do Consumidor, de acordo com a Constituição Federal, artigo 170, inciso V, integra um dos princípios gerais que norteiam a atividade econômica⁴²⁴. A ordem econômica, conforme a referida disposição, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, a leitura e a hermenêutica do Direito do Consumidor jamais poderão ser fechadas conforme preconiza a escola da exegese, isto é, sem levar em consideração todos os fatos, que envolvem a relação, inclusive os aspectos sociológicos. Esta é uma diferença

⁴²²Conferir, nesse sentido: BÜHLER, Ottomar. *La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919*, 1931. Obra acima mencionada, exemplificando: as emendas n. 42, 141, 147 a 150, e 153.

⁴²³Mais especificamente, veja as Emenda n. 172, 173, 174, 259, 260, e 261 – do Parecer n. 45, de 1990-CN. Sala das Comissões. Congresso Nacional, de 09 de maio de 1990. Deputado Joaci Góes – relator.

⁴²⁴Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor.

marcante entre a hermenêutica da Escola da Exegese e a hermenêutica da Escola do Direito Natural. Entre nós, como se viu, consoante à Constituição Federal, a hermenêutica é voltada para a função social, logo, na direção da Escola do Direito Natural. Assim, procedendo, estamos garantindo, na essência, o uso adequado da *Boa-fé* na esfera jurídica.

A função social preconizada pela Constituição Federal de 1988 exerce uma força transformadora na sociedade. Esta ação transformadora age por intermédio da defesa dos direitos humanos, conforme refere Osvaldo Ferreira de Melo⁴²⁵:

A escolha de normas mais justas e mais úteis-tarefa permanente da Política Jurídica – tem pois a ver com um maior ou menor compromisso com os direitos essenciais da pessoa, não só os que dizem respeito à personalidade propriamente dita (em regra já assegurados) mas os direitos políticos, os sociais e os econômicos, ainda por terem sua concreção garantida. Os direitos humanos entram, assim, neste contexto, como tema privilegiado.

Sob o olhar da Política Jurídica (procura ver a função do Direito nos processos de transformação da sociedade), é possível estabelecer um nexó valorativo consoante tem preconizado Miguel Reale⁴²⁶, com a sua “Teoria Tridimensional do Direito”. Embora não seja objetivo deste trabalho, o nexó valorativo, acima mencionado, é oportuno lembrar como o mencionado Autor salienta, desde 1940, o conteúdo fático-valorativo da sua Teoria Tridimensional do Direito:

Na Filosofia do Direito: Compreensão axiológica de fatos em função de normas.

Na Sociologia do Direito: Compreensão factual de normas em função de valores.

Na Ciência do Direito: Compreensão normativa de fatos em função de valores. Ou, em expressão dialética ou de processo, respectivamente:

⁴²⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC. 1994. p.101.

⁴²⁶ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 86, 151.

fato→norma→valor
 valor→norma→fato
 valor→fato→norma.

Por último, vale lembrar que Osvaldo Ferreira de Melo e Miguel Reale apreciam a realidade jurídica sob os conceitos fundamentais de segurança, certeza, ordem ou justiça. Nesse sentido, anteriormente, viu-se o mesmo, em José Puig Brutau, Josef Esser e Franz Wieacker.

Theodor Viehweg⁴²⁷ aponta uma aporia (caminho por falta de indicação), na sua obra “Tópica e Jurisprudência”, para o uso crítico, adequado, do Direito sem o abuso dos sociologismos ou dos sofismas, contra os quais, já, no seu tempo, Sócrates se insurgiu, abandonando a Escola Sofista, filiando-se por amor à verdade, à Escola Estóica, conforme vimos anteriormente.

Para superar o sofisma, o sociologismo, e encontrar o referido caminho (aporia) é preciso⁴²⁸, descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência. Theodor Viehweg aponta as exigências⁴²⁹.

- 1.” A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema”.
2. “As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele”.
- 3.”Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com problema. Qualquer outra vinculação deve ser evitada”.

Históricamente, a hermenêutica foi superando a proposta da Escola da Exegese.

⁴²⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça. Departamento de Imprensa Nacional. 1979.

⁴²⁸ VIEHWEG, Theodor. Obra acima citada, p. 89.

⁴²⁹ VIEHWEG, Theodor. Obra acima citada, p. 89.

Hoje, cabe a Sociologia do Direito⁴³⁰ a tarefa de investigar, com mais detalhes, as relações existentes no caso concreto. Deve-se evitar cair no sociologismo todo poderoso e unilateral. O referido autor, Theodor Viehweg, argumenta que autores, a exemplo de Josef Esser, apontam para citado caminho, e, vai mais longe, para dizer, em síntese, que a teoria filosófica da ciência, nos dias de hoje, documenta o discurso, enquanto ação teórica, com deveres retóricos⁴³¹: “quem fala tem de poder justificar sua fala. Só o preenchimento dos deveres discursivos, especialmente a observação dos deveres de defesa e esclarecimento, garante suficientemente afirmações confiáveis, nas quais existe indubitavelmente um interesse geral”.

Desse modo, considerando, a finalidade social da ordem econômica, como vimos do conteúdo do artigo 170 da Constituição Federal, e, a natureza cogente e social do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, contida⁴³² no artigo 1º, fica, plenamente, caracterizado que a hermenêutica da *Boa-fé* não pode ser a da Escola da Exegese, mas, também, não pode ultrapassar os limites do conteúdo da lei. Assim, vimos, neste estudo, colocações de Rubens Limongi França, de José Puig Brutau, de Josef Esser, Franz Wieacker e de Theodor Viehweg.

Isto posto, adiante, temos a Parte Segunda da presente pesquisa, que originalmente, apresenta a aplicação da *Boa-fé* objetiva no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e o faz em dois modos: o primeiro quantitativo, ao tratar do desenvolvimento da pesquisa da *Boa-fé* objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, respondendo a questões que possibilitem o melhor entendimento da pesquisa: o tipo de processo; o número dos Acórdãos estudados; as comarcas de onde procederam os recursos; o nome dos desembargadores que relataram os recursos; o resultado final do recurso; o órgão julgador; o mês, em que foi decidido o recurso; o ano civil em que foi prolatado o Acórdão; o objeto do litígio no cível, a incidência da *Boa-fé* objetiva, no período

⁴³⁰ VIEHWEG, Theodor. Obra acima citada, p. 92.

⁴³¹ VIEHWEG, Theodor. Obra acima citada, p. 107.

⁴³² Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Artigo 1º O presente Código estabelece normas de proteção de defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts.5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

pesquisado; o suporte jurídico da *Boa-fé* Objetiva; a incidência da doutrina nacional ou estrangeira; a jurisprudência dos diversos Estados da Federação e a justificativa da *Boa-fé* objetiva. E, o outro, qualitativo, ao cuidar de como é aplicada da *Boa-fé* Objetiva na Jurisprudência do Estado de Santa Catarina.

Desenvolvimento da pesquisa da *Boa-Fé* Objetiva na Jurisprudência do Estado de Santa Catarina

1 Categorias e critérios utilizadas: A *Boa-fé* Princípio e a *Boa-fé* Proteção

1.1 A *Boa-fé* Princípio

Esta expressão se encontra no artigo 4º, III do Código de Defesa e Proteção do Consumidor e se harmonizam na relação de consumo:

Nos vícios de qualidade/quantidade, (artigos 18,19 e 20 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor); e

Na tutela contra o risco/perigo, da segurança e da saúde, (artigos 12 e 14 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

1. 2 A *Boa-fé* Proteção

Esta expressão se localiza no artigo 51, IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Protege o Consumidor da *abusividade*.

Esta proteção corresponde à relação das cláusulas abusivas contempladas no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção e do Consumidor. Dita proteção é efetiva, pois, fulmina com a nulidade absoluta as condições que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o Consumidor em desvantagem exagerada, ou seja,

incompatíveis com a *Boa-fé* ou a equidade.

Análise Quantitativa da Pesquisa: A *Boa-fé* objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Os critérios adotados para proceder à presente análise quantitativa foram os contidos nos artigos 4, inciso III (*Boa - fé princípio*) e 51, inciso IV (*Boa - fé proteção*) do Código de Defesa do Consumidor, conforme se viu acima.

Além disso, buscaram-se respostas aos itens: tipo de processo, número de Acórdão, comarca de procedência dos recursos, Desembargador relator, resultado final do recurso, órgão julgador, mês em que foi decidido o recurso, o ano em que foi prolatado o Acórdão, o objeto do litígio no civil, incidência da *Boa-fé* Objetiva, o suporte jurídico da *Boa-fé* Objetiva, a incidência da doutrina nacional ou estrangeira, a jurisprudência dos diversos Estados da federação e a justificativa da *Boa-fé* Objetiva, como forma de possibilitar respostas, ou razões mais objetivas sobre a causa final da presente tese, qual seja, conhecer, originalmente, a aplicação da *Boa-fé* objetiva no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Assim, a presente análise quantitativa retrata em XIV itens o resultado da seleção e o estudo de 80.364 Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no período de 1990 a 1999, constantes no CD-rom já mencionado.

I. TIPO DE PROCESSO

PESQUISA – Por Tipo de Recurso ou Processo - Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Tipo de Processo	Frequência
01. AÇÃO RESCISORIA	-
02. AGRAVO DE INSTRUMENTO	3
04. APELAÇÃO CÍVEL	20
05. APELAÇÃO CÍVEL MANDADO	-
06. APELAÇÃO CRIME	-
12. EMBARGOS DECLARAÇÃO AP	-
13. EMBARGOS INFRINGENTES	-
15. MANDADO DE SEGURANÇA	-
16. PROCESSO CRIME	-
-----+-----	
Total	23

Justificativa: visualizar o tipo de recurso que possibilitou a aplicação da *Boa-fé* objetiva no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

II. NÚMERO DE ACÓRDÃO

Pesquisa – por Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Código	Número do Acórdão
4	960118330
6	970081383*
18	970144962
99	960118179
129	980137055
147	980125871
196	970118708
215	970058810
264	960079327
509	960122265
526	970104286
582	970108451
584	970107889
596	960106928
766	970018096
1326	47669
1377	46825
1381	46404
1384	46582
1447	42766
1448	44274
1449	44318
1572	40105
+-----	
Total	23

Justificativa: objetivou-se com o presente item facilitar a localização do Acórdão apontado no Cd-rom, conforme já ficou acima consignado.

III. COMARCA DA PROCEDÊNCIA DOS RECURSOS

Pesquisa – cor Comarca de origem – Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1987 a 1999.

COMARCA	Frequência
CAPITAL	8
FRAIBURGO	1
GUARAMIRIM	1
IÇARA	1
JOINVILLE	2
LAGES	1
PAPANDUVA	1
POMERODE	1
SÃO JOSÉ	3
SOMBRIO	2
TUBARÃO	1
TURVO	1
Total	23

Justificativa: objetivou-se identificar as Comarcas, contempladas no Cd-rom, que suscitarão o questionamento da *Boa-fé* objetiva, em nível de Segunda Instância.

IV. DESEMBARGADOR RELATOR

Pesquisa – Por Desembargador ou Juiz de Segundo Grau – Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Desembargador	Frequência
01.DES.ALCIDES DOS SANTOS	4
03.DES.ALVARO WANDELLI FILHO	-
04.DES.ANSELMO CERELLO	-
05.DES.ANTÔNIO FERNANDO D	1
06.DES.CLAUDIO BARRETO DU	-
07.DES.CARLOS ALBERTO S. LENZI	2
08.DES.CARLOS PRUDÊNCIO	4
09.DES.FRANCISCO BORGES	1
10.DES.FRANCISCO JOSÉ R.OLIVEIRA FILHO	-
11.DES.FRANCISCO XAVIER M. VIEIRA	-
12.DES.GENÉSIO NOLLI	-
14.DES.JOÃO JOSÉ RAMOS SCHAEFFER	1
15.DES.JOÃO MARTINS	-
16.DES.JORGE MUSSI	-
17.DES.JOSÉ GASPAS RUBIK	1
18.DES.JOSÉ ROBERGE	-
19.DES.JOSÉ TRINDADE DOS	-
20.DES.NAPOLEÃO XAVIER DO AMARANTE	3
21.DES.NEWTON TRISOTTO	2
22.DES.ORLI DE ATAÍDE ROD	-
23.DES.PAULO BENJAMIM F. GALLOTTI	-
24.DES.PEDRO MANOEL ABREU	1
25.DES. SERGIO TORRES PAL	-
26.DES.WILSON EDER GRAF	1
27.DES.WILSON GUARANY VIEIRA	-
30.DR.NELSON JULIANO SCHAEFFER	-
31.DR.NILTON JOÃO DE MACEDO	1
32.DR.SOLON D'ECA NEVES	1
33.DR. VANDERLEI ROMER	-
34.CID PEDROSO	-
35.CLÁUDIO MARQUES	-
36.JOSÉ MACEDO NETO	-
37.MÁRCIO BATISTA	-
38.NORBERTO UNGARETTI	-
39.NESTOR SILVEIRA	-
40.RUBEM CÓRDOVA	-
Total	23

Justificativa: objetivou-se, com o presente item, identificar o prolator do Acórdão “in examine” e conhecer a aplicação da *Boa-fé* objetiva pelo mesmo.

V. RESULTADO FINAL DO RECURSO

PESQUISA – resultado do recurso – Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Resultado do Recurso	Frequência
01-NAO PROVIDO	11
02-PROVIDO	5
03-PARCIALMENTE PROVIDO	7
04-CONVERTER JULGAMENTO	-
05-OUTROS	-
Total	23

Justificativa: o objetivo do presente item foi saber se o Acórdão confirmou ou não o recurso impetrado pela parte recorrente.

VI. ÓRGÃO JULGADOR

Pesquisa – Resultado do recurso por órgão julgador – Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Órgão Julgador	Frequência
01. CÂMARA CÍVEL	6
02. CÂMARA CÍVEL	4
03. CÂMARA CÍVEL	6
04. CÂMARA CÍVEL	6
05. CÂMARA CÍVEL ESPECIAL	1
06. PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARA	-
07. SEGUNDO GRUPO DE CÂMARA	-
+	
Total	23

Justificativa: o presente item buscou conhecer o modo de decidir pela *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

VII. MÊS EM QUE FOI DECIDIDO O RECURSO

PESQUISA – Por mês - Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Mês da Publicação do Acórdão . Freqüência

02		1
03		5
04		5
05		-
06		-
07		-
08		1
09		4
10		3
11		4
12		-
<hr/>		
Total		23

Justificativa: o objetivo do presente item foi o de conhecer o número de decisões consagradas sobre a *Boa-fé* Objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no decorrer do ano civil, no período de 1990 à 1999.

VIII. ANO EM QUE FOI PROLATADO O ACÓRDÃO

PESQUISA – Casos apreciados por ano - Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

ANO	Freqüência
88	-
89	-
90	-
91	-
92	-
93	1
94	6
95	1
96	-
97	4
98	8
99	3
Total	23

Justificativa: o objetivo, aqui, foi o de saber se na medida em que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, ia se consolidando no tempo, o número de apelo, pela aplicação do mesmo, em nível de Segunda Instância, ia aumentando.

IX. OBJETO DO LITÍGIO NO CÍVEL

PESQUISA – Objeto do Litígio = Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva, no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

n. do Acórdão	objeto do litígio
4 960118330	Seguro-Plano de Saúde
6 970081383	Financiamento de automóvel
18 970144962	Seguradora - indenização
99 960118179	Cobrança de honorários
129 980137055	Permuta - casa própria
147 980125871	Promessa de compra e venda - distrato
196 970118708	Rescisão promessa de compra e venda
215 970058810	Promessa de compra e venda
264 960079327	Empreitada – mão-de-obra
509 960122265	Banco Seguradora - indenização
526 970104286	Plano de saúde - tratamento médico
582 970108451	Consórcio de automóvel
584 970107889	Busca e apreensão
596 960106928	Alienação fiduciária
766 970018096	Aquisição da casa própria
1326 47669	Consórcio de automóvel
1377 46825	Consórcio de automóvel
1381 46404	Consórcio de automóvel
1384 46582	Consórcio de automóvel
1447 42766	Consórcio de automóvel
1448 44274	Consórcio de automóvel
1449 44318	Consórcio
1572 40105	Compra e venda de mercadorias
Total	23

Justificativa: com este item, buscou-se conhecer a “res”, que mais possibilitou apelo, na *Boa-fé* objetiva, com fulcro do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

X. INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Pesquisa - Por *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1987 a 1999.

Tipo da <i>Boa-fé</i>	Frequência
OBJETIVA	23
Total	23

Justificativa: o objetivo deste item foi conhecer o número de oportunidades, em que a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor incidiu, como razão de decidir, nos Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

XI. SUPORTE JURÍDICO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Pesquisa – por Acórdãos que apresentaram a *Boa-fé* objetiva – Segundo os artigos 4º, III e 51,IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999

Código-Número do Acórdão-Artigo do Cód. de Def. e Proteção do Consumidor

4	960118330	51,IV
6	970081383	54§3º e 4º
18	970144962	51,IV
99	960118179	51,IV e 4, III
129	980137055	51,IV
147	980125871	51,IV
196	970118708	51,IV
215	970058810	51,IV
264	960079327	51,IV
509	960122265	51,IV
526	970104286	51,IV
582	970108451	51,IV
584	970107889	51,IV
596	960106928	51,V
766	970018096	51,IV
1326	47669	51,IV
1377	46825	51,IV
1381	46404	51,IV
1384	46582	51,IV
1447	42766	51,IV
1448	44274	51,IV
1449	44318	51,IV
1572	40105	51,IV

Total 23

Justificativa: o objetivo deste item é o de conhecer a *Boa-fé* objetiva, nos Acórdãos “sub examine” .

XII. INCIDÊNCIA DA DOUTRINA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

PESQUISA – Por fundamento da decisão na doutrina nacional e estrangeira - Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Doutrina	Frequência
01 ESTRANGEIRA	-
02 NACIONAL	8
Total	8

Justificativa: o objetivo do presente item foi o de conhecer a quantidade e os Acórdãos que sustentaram e justificaram a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, com fundamento na jurisprudência nacional e estrangeira.

XIII. JURISPRUDÊNCIA DOS DIVERSOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

Pesquisa – Por citação da Jurisprudência dos Estados da Federação – Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999

Estado da Federação	Tipo da <i>Boa-fé</i> objetiva
AL	0
AP	0
BA	0
DF	1
ES	0
GO	0
MG	0
MS	0
MT	0
PR	0
RJ	0
RN	0
RS	1
SC	0
SP	0
Total	02

Justificativa: o objetivo do presente item foi o de identificar o Estado da Federação, cujo uso da *Boa-fé* objetiva, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, foi motivo de citação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina .

XIV. JUSTIFICATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

PESQUISA – Por Justificativa da Razão de Decidir - Acórdãos que empregaram a expressão a *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no período de 1990 a 1999.

Acórdão	art.CDC	justificativa	objeto do litígio
4 960118330	51,IV	Abusividade	Seguro Plano de Saúde
6 970081383	54 §§ 3º e 4º	Abusividade	Financiamento automóvel
18 970144962	51,IV	Abusividade	Seguradora-indenização
99 960118179	51,IV e 4,III	Abusividade	Cobrança honorários
129 980137055	51,IV	Abusividade	Permuta casa própria
147 980125871	51,IV	Abusividade	Promessa de compra e venda distrato
196 970118708	51,IV	Abusividade	Rescisão promessa de compra e venda
215 970058810	51,IV	Abusividade	Promessa de compra e venda
264 960079327	51,IV	Abusividade	Empreiteira de mão-de-obra
509 960122265	51,IV	Abusividade	Banco Seguradora-indenização
526 970104286	51,IV	Abusividade	Plano de Saúde - tratamento médico
582 970108451	51,IV	Inexistência de abusividade	Consórcio automóvel
584 970107889	51,IV	Inexistência de abusividade	Busca e apreensão
596 960106928	51,IV	Inexistência de abusividade	Alienação fiduciária
766 970018096	51,IV	Abusividade	Aquisição da casa própria
1326 47669	51,IV	Inexistência de abusividade	Consórcio automóvel
1377 46825	51,IV	Abusividade	Consórcio de automóvel
1381 46404	51,IV	Abusividade	Consórcio de automóvel
1384 46582	51,IV	Abusividade	Consórcio de automóvel
1447 42766	51,IV	Abusividade	Consórcio de automóvel
1448 44274	51,IV	Abusividade	Consórcio de automóvel
1449 44318	51,IV	Abusividade	Consórcio
1572 40105	51,IV	Abusividade	Compra e venda de mercadorias
Total		23	

Objetivo: no presente item, buscou-se identificar a justificativa da razão de decidir, segundo a modalidade de *Boa-fé* objetiva, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Análise Qualitativa da Pesquisa: A Boa-fé Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Os critérios adotados para a realização da presente análise qualitativa são os seguintes: A *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, consagrada em duas oportunidades no mencionado Código, no artigo 4, inciso III (*Boa-fé* princípio) e no artigo 51, inciso IV (*Boa-fé* proteção). Por último, como guia para identificar, plenamente, a aplicação da *Boa-fé* Objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor nos Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, procurou-se resposta aos seguintes itens: o número do Acórdão, o nome do recorrente, o objeto da relação de consumo, se a decisão foi ou não favorável ao Consumidor, a justificativa segundo a *Boa-fé* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, e, por último, a identificação do dispositivo legal, segundo a *Boa-fé* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Os critérios adotados para a realização da presente análise qualitativa são os seguintes: A *Boa-fé* objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, consagrada em duas oportunidades no mencionado Código, no artigo 4, inciso III (*Boa-fé* princípio) e no artigo 51, inciso IV (*Boa-fé* proteção). Por último, como guia para identificar, plenamente, a aplicação da *Boa-fé* Objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor nos Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, procurou-se resposta aos seguintes itens: o número do Acórdão, o nome do recorrente, o objeto da relação de consumo, se a decisão foi ou não favorável ao Consumidor, a justificativa segundo a *Boa-fé* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, e, por último, a identificação do dispositivo legal, segundo a *Boa-fé* do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

A análise em questão terá como ponto de partida os acórdãos selecionados no anexo deste estudo, mediante o extrato e as reflexões que são expostas a seguir.

Extrato dos Acórdãos selecionados

ACÓRDÃO N° 40105 – Anexo 1

Recorrente Fornecedor
Objeto Compra e venda de mercadorias
Decisão Provimto parcial
Justificativa Abusividade
Fundamento Artigo 51, inciso IV do CDC.

Comentários

José Jaime Antunes & Cia Ltda. propôs Embargos do Devedor contra credor de título líquido certo e exigível. Havia adquirido 1.440 Kilo de pêssego para revenda. Nos Embargos do Devedor, como na Apelação, alegou que fora enganado, porque o preço do Kilo do pêssego na mercado era de, no máximo, Cr\$ 250,00. Sentia-se enganado. Justificou suas pretensões, com fundamento no artigo 51, IV e X, parágrafo 1, I e III.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, que julgou improcedentes os Embargos do Devedor. Justificou que “de todo inverossímil que a embargante, como comerciante, e sem que se possa, por óbvio, considerá-la economicamente humilde, viesse a ser ludibriada quanto ao preço acordado para a compra da mercadoria efetuada ao embargado”. O Acórdão considerou que, por ser comerciante, o Apelante não poderia alegar, em sua defesa, o artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O julgador adotou, como razão de decidir, o conceito teleológico de consumidor dos autores do anteprojeto do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. O embargante não é destinatário final. Compra mercadoria com o objetivo de revendê-las. Como se disse, para os autores do citado anteprojeto, a justificativa encontra-se na vulnerabilidade econômica. E o conceito de consumidor e a vulnerabilidade econômica seguem o sentido e alcance emprestados por Antônio

Herman de Vasconcellos e Benjamim, Fábio Konder Comparato⁴³³ e outros, para os quais, os Consumidores são aqueles “que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”, enfatizando que os consumidores são aqueles que se submetem ao poder do controle de produção, isto é, os empresários. José Reinaldo de Lima Lopes⁴³⁴ acrescenta que “os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital”. Assim, a proteção deve ser para todos aqueles que estão na categoria do consumidor destinatário final, isto é, os bens adquiridos, devem ser de consumo e não bens de capital, como tem acentuado José Reinaldo de Lima Lopes. A norma, no caso, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, diante do fato, relação de consumo, não pode ter outra aplicação senão aquela que claramente expressam os autores do mencionado Código. Poderíamos perguntar, o que mudou economicamente, socialmente, juridicamente, sociologicamente para justificar uma aplicação indistinta do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, isto é, às relações de consumo e às relações contratuais. As mudanças sociais, políticas, econômicas e legislativas, vêm na direção da manutenção da aplicação exclusiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor apenas para a relação de consumo. Como razão e justificativa, aponta-se o futuro Código Civil, o qual unificou obrigações civis e mercantis, adotou expressamente o critério da função social da propriedade, adotou a Boa-fé objetiva. Assim, os comerciantes grandes, médios e pequenos, jamais, poderão alegar a falta de uma legislação moderna, no sentido de contemporânea, que os ampare, em suas relações de mercância, como fazia, antes, muito bem, o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916. Com isso, ficam, perfeitamente, estabelecidos os traços⁴³⁵ que justificam, como mais que suficiente, o Código Civil de 2002 e a legislação a ele correlata, para regularem a relação contratual.

⁴³³ Brasil. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al. . São Paulo: Forense Universitária Biblioteca Jurídica. 1996.p.27.

⁴³⁴ Brasil. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al. . São Paulo: Forense Universitária Biblioteca Jurídica. 1996.p.27, 28.

⁴³⁵ Por certo, o leitor pode observar que o estudo da relação da contratual transcendo os objetivos deste trabalho.

ACÓRDÃO N° 44318 – Anexo 2

Recorrente Consumidor
Objeto Consórcio
Decisão Favorável ao Consumidor
Justificativa Abusividade
Fundamento Artigo 51, inciso IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, cumulando com pedido de rescisão do contrato; pleiteando, ainda, a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo do consórcio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu o apelo e decretou a nulidade da cláusula que inadmitia a atualização dos valores a serem devolvidos ao Apelante e determinou que a devolução fosse realizada trinta dias após o encerramento do consórcio. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. O Código de Defesa e Proteção do Consumidor é uma lei princípio. É uma regra “aberta”. Ao contrário, as regras positivas do Código Civil são “fechadas”, ou seja, deve encaixar-se perfeitamente no conteúdo da mesma. Como vimos, anteriormente, na relação contratual prepondera, a liberdade contratual. A esta liberdade contratual, no presente caso, ficou completamente preservada. O julgador, ao atender o pedido de restituição, formulado pelo Consumidor, repôs o equilíbrio de valores na relação de consumo, embora este tenha de aguardar pelo encerramento dos negócios promovidos pelo grupo que integra o mencionado consórcio. Esta mediação de interesses é compreensível e exigível na relação de consumo. É a força da Boa-fé objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 44274 – Anexo 3

Recorrente Consumidor - Revendedora
Objeto Consórcio de automóvel
Decisão Favorável ao Consumidor
Justificativa Abusividade
Fundamento Artigo 51 inciso IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, cumulando com pedido de rescisão do contrato; pleiteando, ainda, a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo do consórcio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu o apelo e decretou a nulidade da cláusula que inadmitia a atualização dos valores a serem devolvidos ao Apelante e determinou que a devolução fosse realizada trinta dias após o encerramento do consórcio. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O presente caso apresenta a mesma configuração do caso antecedente, isto é, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor possibilitou a mediação dos interesses contrapostos, restabelecendo o equilíbrio da relação de consumo.

ACÓRDÃO N° 42766 – Anexo 4

Recorrente Fornecedor – Revendedora

Objeto Consórcio de automóvel

Decisão Provimento parcial

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, cumulando com pedido de rescisão do contrato; pleiteando, ainda, a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo do consórcio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu o apelo e decretou a nulidade da cláusula que inadmitia a atualização dos valores a serem devolvidos ao Apelante e determinou que a devolução fosse realizada trinta dias após o encerramento do consórcio. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O presente caso apresenta a mesma configuração do caso antecedente, isto é, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor possibilitou a mediação dos interesses contrapostos, restabelecendo o equilíbrio da relação de consumo.

ACÓRDÃO Nº 46582 – Anexo 5

Recorrente Fornecedor – Revendedora

Objeto Consórcio de automóvel

Decisão Favorável ao Consumidor

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação contra a Apelante, pleiteando a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo do consórcio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu o apelo e decretou a nulidade da cláusula que inadmitia a atualização dos valores a serem devolvidos ao Apelante e determinou que a devolução fosse realizada trinta dias após o encerramento do consórcio. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O presente caso apresenta a mesma configuração do caso antecedente, isto é, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor possibilitou a mediação dos interesses contrapostos, restabelecendo o equilíbrio da relação de consumo.

ACÓRDÃO N° 46404 – Anexo 6

Recorrente Fornecedor – Revendedora
Objeto Consórcio de automóvel
Decisão Favorável ao Consumidor
Justificativa Abusividade
Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação contra a Apelante, pleiteando a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo do consórcio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu o apelo e decretou a nulidade da cláusula que inadmitia a atualização dos valores a serem devolvidos ao Apelante e determinou que a devolução fosse realizada trinta dias após o encerramento do consórcio. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O presente caso apresenta a mesma configuração do caso antecedente, isto é, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor possibilitou a mediação dos interesses contrapostos, restabelecendo o equilíbrio da relação de consumo.

ACÓRDÃO N° 46825 – Anexo 7

Recorrente Fornecedor - Revendedora

Objeto Consórcio de automóvel

Decisão Provimento parcial

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação contra a Apelante, pleiteando a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo do consórcio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu o apelo e decretou a nulidade da cláusula que inadmitia a atualização dos valores a serem devolvidos ao Apelante e determinou que a devolução fosse realizada trinta dias após o encerramento do consórcio. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O presente caso apresenta a mesma configuração do caso antecedente, isto é, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor possibilitou a mediação dos interesses contrapostos, restabelecendo o equilíbrio da relação de consumo.

ACÓRDÃO N° 47669 – Anexo 8

Recorrente Fornecedor - Revendedora
Objeto Consórcio de automóvel
Decisão Favorável ao fornecedor
Justificativa Insistência de abusividade
Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação declaratória contra a Apelante, pleiteando a restituição das prestações pagas, mesmo antes do encerramento do grupo do consórcio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou em parte a sentença. Acolheu o apelo, decidindo pela devolução dos valores. Confirmou que a devolução fosse realizada trinta dias após o encerramento do consórcio; e manteve o pedido da Apelante para validar a cláusula penal com prefixação de danos. Fundamentou-se no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor para retirar direito do Consumidor.

Foi vazia de conteúdo jurídico a conclusão à que chegou o presente acórdão. Alega, simplesmente, de que a pena convencional imposta ao consumidor não “ofende a legislação do consumidor e nem o Código Civil, não se demonstrando abusiva, exagerada ou iníqua”. Poderia, no caso, ter sido prolatada levando em consideração outros dispositivos da relação de consumo. O Acórdão, com isso, confirma, no caso, que não há firmeza no tocante à aplicação da norma ao caso. Contudo, contraditoriamente, o acórdão reconhece a relação de consumo, mas, se justifica argumentando no Código Civil. Ora, a tutela do Código de Defesa e Proteção do Consumidor independe da vontade do operador jurídico, opera “ex lege”. Como se disse, o mencionado Código é Ordem Pública, de natureza cogente. O sustentáculo de tal assertiva se encontra logo no artigo 1º do mencionado Código: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social...”.

O Acórdão, sem se dar conta, nesse sentido, contraria a lei. Não se trata de um juízo ideológico, mas, puramente, teleológico, consoante à doutrina dos próprios

elaboradores do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Os operadores do Direito, no caso, devem, no mínimo, perseguir “a linha” traçada pelo legislador, quando fogem dela devem justificar, argumentar, com transparência. E o argumento deve ser proporcionalmente, superior ao dos legislador, não foi o do caso em tela.

O fato, a norma e o valor, nesse sentido, constituem, também, fator de segurança jurídica.

ACÓRDÃO N° 97001809-6 – Anexo 9

Recorrente Fornecedor – Clube de Aquisição Solidária

Objeto Aquisição da casa própria

Decisão Provimento parcial

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

Os Consumidores ajuizaram ação de rescisão contratual, cumulada com indenização, contra o Clube de Aquisição Solidária Auto-financiada de Florianópolis. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, rescindindo o contrato, e excetuando as quantias pagas, a título de taxa de administração e prêmio de seguro; as demais, determinou que fossem corrigidas e devolvidas. O Acórdão reconheceu a abusividade da cláusula que limitava o montante da restituição. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 96010692-8 – Anexo 10

Recorrente Fornecedor – Transportadora
Objeto Alienação fiduciária – revisão de cláusula contratual
Decisão Provedimento parcial
Justificativa Inexistência de abusividade
Fundamento Artigo 51, IV do CDC

Comentários

A empresa, Transportes e Representações Transfrios Ltda., interpôs agravo de instrumento, em ação de revisão contratual c/c pedido de antecipação de tutela, cautelar de exibição de documentos e anulação de negócio jurídico, em que é contraparte o Banco Itaú S/ A . Diz que procurou permanecer na posse dos bens, e impedir o protesto dos títulos oriundos do contrato de alienação fiduciária. Sustenta que o objetivo da ação proposta é a revisão do contrato firmado para renegociar dívidas anteriores que não estavam garantidas por alienação fiduciária, renegociação que onerou por demais a Agravante, através da prática da usura disfarçada sob o manto de penalidades e indexações financeiras. O Acórdão em questão concedeu apenas o direito de contratar o seguro total para garantia dos bens, e, no mais, confirmou o despacho agravado. O Acórdão não levou em consideração a alegação da Agravante, de que o contrato continha cláusula contratual que vulnerava o artigo o artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

A empresa transportadora, inconformada com a decisão de primeiro grau, recorreu invocando, entre outros direitos, a boa-fé objetiva, do artigo 51, IV do Código e Defesa e Proteção do Consumidor. É um caso típico de relação contratual, ou seja, um contrato firmado entre fornecedor de produto e serviço, o Banco Itaú S/A, e, outro fornecedor de produtos e serviços, a empresa Transportes e Representações Transfrios Ltda. Procedeu adequadamente o Acórdão não reconhecendo como legítima a invocação da boa-fé objetiva do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 97010788-9 – Anexo 11

Recorrente Consumidor – Banco
Objeto Alienação fiduciária – busca e apreensão
Decisão Favorável ao fornecedor
Justificativa Inexistência de abusividade
Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

O Banco ajuizou ação de busca e apreensão para reaver o bem financiado. Justificou sua atitude na existência de débito por parte do Consumidor financiado. A Consumidora alegou, em sua defesa, que os juros e os encargos contratuais impossibilitaram o adimplemento. Alegou, em sua defesa, o artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. O Acórdão confirmou a sentença de primeiro grau, afirmando que o Consumidor deveria discutir seus direitos em ação própria e não em ação de busca e apreensão.

O Acórdão “sub examine” poderia ter examinado o mérito da questão com fulcro no Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Como se viu, anteriormente, o referido Código, é uma Lei de Ordem Pública, que veio regular as relações de consumo. É o caso do comentando Acórdão.

A questão foi enfrentada pelo lado mais fácil, isto é, o modo processual. Assim, o Acórdão reconheceu o direito da consumidora pela metade, isto é, poderia discutir o direito levantado em outra demanda. Assim, o Acórdão negou totalmente que o caso fosse apreciado como relação de consumo. O Acórdão poderia ter mediado os interesses da questão, pondo na “balança” a Boa-fé objetiva – Proteção, artigo 51,IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Poderia ter invertido a posição, ou seja, negar o Direito de Busca e Apreensão, enquanto não fosse resolvida a questão da “Cláusula Abusiva” e da Boa-fé Objetiva do artigo 51,IV (Boa-fé proteção).

Mas, o Acórdão preferiu não enfrentar a questão, mediando, tal e qual, o fato, o

valor e a norma, segundo o conceito teleológico de consumidor, como, anteriormente, apontou Fábio Konder Comparato: “os Consumidores são aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção”, ou, como completa José Reinaldo de Lima Lopes, “os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital”.

ACÓRDÃO N° 97010845-1 – Anexo 12

Recorrente Fornecedor – Revendedora

Objeto Consórcio de automóvel

Decisão Favorável ao fornecedor

Justificativa Inexistência de abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentários

O Consumidor ajuizou ação contra a administradora do consórcio alegando a invalidade nas cláusulas que fixam percentuais de perdas e danos, em favor da administradora, em caso de desistência ou inadimplência por parte do referido Consumidor. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, na qual se reconhece como válida a cláusula em contrato de alienação fiduciária que prefixa as perdas e danos. O Acórdão se pautou no fato de que a referida cláusula contratual não agride o artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Caso o Acórdão “sub examine” tivesse firmeza no tocante a relação de consumo, teria, de pronto, decidido a questão segundo os ditames do Código de Defesa e Proteção Consumidor. O Acórdão em questão retrata um caso típico de relação de consumo. “In casu”, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não tem claro, como se viu e ver-se-á adiante, que a relação de consumo pode disciplinar, por inteiro a questão, inclusive sobre o “quantum” a ser devolvido, em caso de resolução do negócio, consoante o artigo 53 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor: “Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão de inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”. Os operadores do direito têm à sua disposição uma legislação moderna, no sentido de atual,

porém, continuam aplicando o Direito antigo, como é o caso da alienação fiduciária do Decreto lei n. 911/69 e da legislação que teima em manter ativa no caso a relação contratual, quando a lei desde 1990 apresentou uma outra modalidade de relação, - a relação de consumo com o Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 97010428-6 – Anexo 13

Recorrente Fornecedor – Plano de saúde

Objeto Atendimento

Decisão Provimento parcial

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentário

O consumidor ajuizou ação “ordinária com pedido de tutela antecipada” contra a cooperativa médica, objetivando compeli-la a emitir autorização para atendimento no Hospital do Coração, em São Paulo. A cooperativa agravou do despacho que acolheu o pedido de antecipação de tutela. O Acórdão acolheu parte do recurso. Manteve a tutela antecipada, mas, permitiu que o mérito da questão do reembolso das despesas fosse feito em outra oportunidade. Em voto vencido, foi lembrado a proteção do Consumidor consagrada no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO Nº 96012226-5 – Anexo 14

Recorrente Fornecedor – Banco seguradora

Objeto Indenização

Decisão Provimento parcial

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentário

O segurado ajuizou ação de cobrança contra a Seguradora, a qual se negava a pagar os danos, em face de incêndio no imóvel segurado. A seguradora contestou, alegando que o imóvel era de madeira e que o segurado não tinha ali sua residência habitual. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou, em parte, a sentença de primeira instância, que reconheceu a responsabilidade da Seguradora. O Acórdão fundamentou-se no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO Nº 96.007932-7 – Anexo 15

Recorrente Fornecedor – Empreiteira de mão de obra

Objeto Empreitada

Decisão Favorável ao Consumidor

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentário

O recorrido ajuizou ação para haver a restituição de valores pagos, conforme contrato de empreitada realizada entre as partes. A empreiteira alegou em sua defesa, a má fé do Apelado. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, que reconhece o direito do recorrido de receber em devolução as quantias efetivamente pagas. O Acórdão se fundamentou, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 97005881-0 – Anexo 16

Recorrente Fornecedor – Ministério Público – Ação Civil Pública

Objeto Promessa de compra e venda

Decisão Provimento parcial

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentário

O Ministério Público ajuizou ação civil pública requerendo a decretação de nulidade das cláusulas que, em contrato de promessa de compra e venda de imóveis, fixam multa superior a 2% e a perda de parcelas pagas pelos promitentes compradores. Justificou alegando que é dever do Ministério Público exercer o controle sobre os contratos de adesão (artigo 51 § 4º do CDC). A Construtora, em agravo de instrumento, alegou que o magistrado deixou de explicar os motivos e que o julgamento foi “extra petita”. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reformou o despacho do juízo “a quo”, alegando que “em se tratando de ação civil pública, a nulidade de cláusulas inseridas em contratos de adesão não pode ser reconhecida em sede de liminar, de forma a tornar satisfativa a medida. Assim, não é dado ao Magistrado, já no vestibulo da ação, determinar a imediata alteração, nos contratos já firmados ou a serem ajustados pela demandada, das cláusulas tidas como ofensivas ao Código de Defesa do Consumidor”. O Acórdão mencionou que é dado ao Magistrado “o poder de fazer a integração dos conceitos jurídicos indeterminados existentes nos itens IV e XV do mesmo artigo 51, onde, para os fins legais, é autorizado o julgador a verificar se a cláusula não é contrária a *boa-fé* e à equidade [...]” O Acórdão mencionou inadequadamente o artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 97011870-8 – Anexo 17

Recorrente Fornecedor - Construtora
Objeto Rescisão de promessa de compra e venda
Decisão Negou provimento aos recursos
Justificativa Abusividade
Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentário

A Construtora ajuizou ação ordinária de rescisão contratual, cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos contra promitente comprador de um apartamento. O Consumidor contestou e reconviu, alegando serem abusivas as cláusulas contratuais que permitem a perda dos valores pagos e a multa fixada no percentual de 20%. O Acórdão “sub examine” reformou em parte a sentença. Concedeu o direito da Construtora de reter o arras, mas declarou nula a cláusula contratual que fixava a multa e determinou que a Construtora devolvesse ao Consumidor as quantias pagas, a título de prestação. O Acórdão fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O Acórdão em questão poderia ter disciplinado, por inteiro, a questão dentro dos limites do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Nele, existem dispositivos que poderiam mediar os interesses contrapostos, como é o caso do conteúdo do artigo 53 (que estabelece os direitos das partes em caso de resolução da promessa de compra e venda). Mas, como o Acórdão não expressa clareza com relação à possibilidade, se vale de dispositivos que são típicos da relação contratual. Nesse sentido, o Acórdão, em comentário, nega a vigência ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Assim, o fato fica distorcido diante da norma, e, por consequência, do valor, consoante viu-se anteriormente.

ACÓRDÃO N° 98012587-1 – Anexo 18

Recorrente Fornecedor

Objeto Distrato de promessa de compra e venda

Decisão favorável ao Consumidor

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, inciso IV do CDC.

Comentário

O Consumidor ajuizou “ação de rescisão contratual c/c indenização” contra a construtora pleiteando a restituição de parcelas pagas. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou, em parte, a sentença de primeira instância. O Acórdão se pautou no fato de que é “abusiva a cláusula contratual que, para a hipótese de distrato, assegura à construtora a opção de devolver os valores somente após a venda da última unidade do empreendimento habitacional”. Fundamentou-se, adequadamente, para os fins de boa-fé, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 98013705-5 – Anexo 19

Recorrente Fornecedor – Permuta
Objeto Casa própria
Decisão Favorável ao Consumidor
Justificativa Abusividade
Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentário

Os Consumidores ajuizaram “ação de cobrança c/c indenização, contra a Construtora, em razão de “contrato de compromisso de permuta de terreno por área nele construída. Alegaram, em seu favor, atraso na edificação da obra. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, que reconhece o direitos dos Consumidores de receberem indenização pelos prejuízos sofridos. Juros e correção monetária. O Acórdão fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 96011817-9 – Anexo 20

Recorrente Fornecedor - Advogado

Objeto Honorários

Decisão Favorável ao Consumidor

Justificativa Abusividade(art. 51, IV) e qualidade / Quantidade / Risco perigo(4,III)

Fundamento Artigo 51, IV c/c o artigo 4, III, todos do CDC.

Comentário

O requerente, advogado, ajuizou “ação de execução” contra seu cliente, objetivando cobrar-lhe honorários advocatícios, juntando diversas notas promissórias. O Consumidor contestou e reconheceu apenas parte da dívida exequenda. O juízo “a quo” julgou procedentes os embargos, declarando nulas as cláusulas do contrato de prestação de serviço consideradas abusivas. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância. O Acórdão fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 97014496-2 – Anexo 21

Recorrente Fornecedor - Seguradora

Objeto Indenização

Decisão Favorável ao Consumidor

Justificativa Abusividade

Fundamento Artigo 51, IV do CDC.

Comentário

A requerente ajuizou ação de cobrança contra a Seguradora, a qual se negava a pagar as despesas decorrentes de acidente de trânsito envolvendo dois caminhões. A Seguradora contestou alegando que a sua responsabilidade tinha como limite a quantia consignada na apólice e que a requerente não denunciou a lide, informando a seguradora da existência da demanda. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, que reconhece a responsabilidade da Seguradora. O Acórdão fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

ACÓRDÃO N° 97008138-3 – Anexo 22

Recorrente Consumidor – Banco

Objeto Financiamento de veículo

Decisão Favorável ao Fornecedor

Justificativa Legalidade das cláusulas e condições – Busca e apreensão

Fundamento Artigo 54 §§ 3 e 4 do CDC.

Comentário

O Banco ajuizou “ação de busca e apreensão” contra a Consumidora, alegando o não pagamento das prestações. A Consumidora, em sua defesa, alegou que a inadimplência decorreu em razão da excessiva onerosidade, em face dos juros e demais condições abusivas. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, confirmando a busca e apreensão. A Consumidora invocou o princípio da *Boa-fé* apontando inadequadamente o artigo 54, §§ 3º e 4º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O Acórdão em questão poderia ter disciplinado, por inteiro, a questão dentro dos limites do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Nele, existem dispositivos que poderiam mediar os interesses contrapostos, como é o caso do conteúdo do artigo 53 (que estabelece os direitos das partes em caso de resolução da promessa de compra e venda). Mas, como o Acórdão não expressa clareza com relação a referida possibilidade, se vale de dispositivos que são típicos da relação contratual. Nesse sentido, o Acórdão, em comento, nega vigência ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Assim, o fato fica distorcido diante da norma, e, por consequência, do valor, consoante se viu anteriormente.

ACÓRDÃO N° 96011833-0 – Anexo 23**Recorrente** Fornecedor - Banco**Objeto** Seguro plano de saúde**Decisão** Favorável ao Consumidor**Justificativa** Abusividade**Fundamento** Artigo 51 inciso IV do CDC.**Comentário**

A Consumidora ajuizou ação de cobrança contra a seguradora, a qual se negava a pagar as despesas hospitalares e médicas pela internação. O contrato em questão é de reembolso das mencionadas despesas. A seguradora alegou falta de cobertura, por se tratar de doença infecto contagiosa, o que exclui a responsabilidade da mesma. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença de primeira instância, que reconhece a responsabilidade da Seguradora. O Acórdão se pautou no fato de que a cláusula contratual era obscura e que deveria ser, por isso, interpretada favoravelmente ao Consumidor. Fundamentou-se, adequadamente, no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

CONCLUSÃO

A BOA - FÉ OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

A presente tese objetivou o estudo a *Boa – fé objetiva* na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Para chegar a este objetivo, percorri as seguintes etapas: Inicialmente, delimitando a expressão *Boa-fé*, de modo que ficasse claro e, plenamente, justificado que a *Boa-fé*, objeto do presente trabalho, é a *Boa-fé objetiva*, consagrada no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, nos artigos 4º, III e 51, IV. Destes dispositivos extraíram-se duas categorias de *Boa-fé*: *Boa-fé Princípio* – artigo 4º, III, e *Boa – fé Proteção* – artigo 51, IV.

Após, verificou-se, na doutrina, os diversos entendimentos que se têm de princípio, de norma, e de *Boa-fé*, uma vez que, como se disse, anteriormente, o Código de Defesa de Proteção do Consumidor, nada conceituou a esse respeito. Isto feito, prosseguiu-se no desenvolvimento da pesquisa, examinando os Acórdãos prolatados, pelo mesmo Tribunal, cujas cópias se encontram no anexo e que foram selecionados, consoante o critério da *Boa-fé* dos artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Na categoria, *Boa-fé Princípio*, o julgador busca o equilíbrio de valores, o equilíbrio de objetos para dar proteção contra risco/perigo.

O valor do dinheiro entregue pelo Consumidor ao fornecedor deve corresponder ao produto ou ao serviço. Por exemplo, um automóvel da marca tal por tantos mil reais. O Consumidor espera, legitimamente, pelo veículo prometido, e não por outro, mesmo que de categoria superior.

A *Boa-fé Princípio*, consoante o conteúdo do artigo 4º, inciso III, socorre o Consumidor “metricamente”, no sentido aristotélico da medida das coisas e do respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Assim, esta, a *Boa-fé Princípio*, se mostra em dois momentos, a partir do citado artigo.

No primeiro, contempla a situação de responsabilidade por vício do produto e do serviço, onde a tutela específica é contra o vício de qualidade e quantidade (*in re ipsa*) artigos 18, 19, e 20 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

No segundo, garante o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

A tutela se manifesta garantindo a responsabilidade do fornecedor pelo produto e pelo serviço.

A tutela é dirigida, especificamente, em favor da vida contra o risco/perigo, e em favor da segurança e da saúde do Consumidor (artigos 12 e 14 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor).

A categoria *Boa-fé Proteção* se encontra assinalada no artigo 51, inciso IV do Código Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Exsurge do Título da Seção II do Capítulo VI. Este título tem como nulas, por abusivas, as condições, que estabeleçam obrigações, consideradas iníquas ou abusivas, em que o Consumidor é colocado pelo fornecedor em situação de desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a *Boa-fé* ou com a equidade. Neste caso, a proteção é contra a malícia. O legislador pune o fornecedor que oculta ou omite fato ou circunstância prejudicial ao Consumidor. O fornecedor objetiva tomar o dinheiro ou o seu correspondente ao Consumidor.

O mau fornecedor não deseja realizar por inteiro o negócio pretendido. Por isso, neste caso, o fornecedor está negando deveres e cuidados, preconizados pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Para tal fornecedor, o “*pacta sunt servanda*” é um critério absoluto mesmo que o Consumidor seja prejudicado.

Assim, a categoria *Boa-fé - Proteção* parte do conteúdo do artigo 51, inciso IV do

Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o qual visa proteger o Consumidor contra a malícia do Fornecedor. Esta se revela com a intenção velada ou expressa de prejudicar o Consumidor. Aqui, a proteção do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, também, é “métrica”, mas noutro sentido. Há presunção de culpa. Vale o resultado “*in re ipsa*”. Não importa se há ou não a intenção de prejudicar. Também, não importa a intenção do fornecedor tirar vantagem do produto ou do serviço. Há, sim, por inteiro, a responsabilidade pelo risco da atividade. Para salvaguarda, o fornecedor deve, no custo do produto ou do serviço, quantificar “metricamente” o custo da proteção que o legislador legitimamente espera ou impõe. Se o fornecedor não organiza, no custo, a salvaguarda, repartindo entre todos, por ocasião da venda, o benefício da relação de consumo, deve sozinho arcar economicamente com todas as consequências de sua imprudência ou negligência. É o ônus imposto ao fornecedor pela sociedade de consumo.

Além disso, a questão é que se o Consumidor tivesse conhecimento prévio de fatos ou circunstâncias que o prejudicassem, jamais realizaria o negócio. Por outro lado, em razão do risco da atividade, o fornecedor tem a responsabilidade de organizar a proteção, como se disse acima. Na omissão, vem a punição, e nesse caso, para os fins e efeitos do artigo 51, inciso IV, manifesta-se na nulidade do ato.

As categorias *Boa-fé Princípio* e *Boa-fé Proteção*, positivadas no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, foram pesquisadas no período de 1987 até 1999, Volume 2 – compact disc - Folio Infobase, publicado pela Diretoria de Infra-Estrutura – Assessoria de Informática, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sob o título - Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Dos 80.364 Acórdãos, foram selecionados, primeiramente, 221 Acórdãos, os quais tratavam, genericamente, da *Boa-fé*. Destes, num segundo momento, apuraram-se 23 Acórdãos, os quais tratavam, exclusivamente, da *Boa-fé objetiva*, consoante os ditames traçados pelos artigos 4º, inciso III, e 51 inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, cujo resultado conclusivo é dado a

seguir.

Apresentam-se quatro conclusões específicas e cinco conclusões gerais.

CONCLUSÕES ESPECÍFICAS:

Primeira: Dos 23 Acórdãos “sub examine”, - 21 Acórdãos justificaram a decisão com fundamento no artigo 51, inciso IV.

Segunda: Dos 23 Acórdãos “sub examine”, - 1 Acórdão justificou a decisão com fundamento no artigo 54, §§ 3º e 4º.

Terceira: Dos 23 Acórdãos “sub examine”, - 1 Acórdão justificou a decisão com fundamento no artigo 51, inciso IV, e no artigo 4º, inciso inciso III.

Quarta: Dos 23 Acórdãos “sub examine”, - nenhum mencionou ou justificou isoladamente a decisão exclusivamente com fundamento no artigo 4º, inciso III.

CONCLUSÃO GERAL

Primeira: Dos Acórdãos “sub examine”, conclui-se que não houve, no período analisado, por parte dos Consumidores, apelo ao Poder Judiciário com fundamento na *Boa-fé princípio*, consagrada no artigo 4º, inciso III, com a proteção específica contra o vício de qualidade e quantidade (*in re ipsa*) artigos 18, 19, e 20 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Apenas, em um só caso, o artigo 4º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor foi mencionado, mas para tratar não de fato que diz respeito à *Boa-fé princípio* do artigo 4º, III, mas da *Boa-fé proteção* do artigo 51, IV. É o Acórdão 97008138-3, que trata de Busca e Apreensão de Veículo.

Segunda: Dos Acórdãos, “in examine”, conclui-se que dos 23 casos estudados, 17 justificaram a decisão com fundamento adequadamente à *Boa-fé proteção*, alinhando o conteúdo do artigo 51, inciso IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, com a proteção contra a malícia, a falta de informação, a culpa grave ou leve, e mesmo do risco inerente à atividade do fornecedor de produto ou serviço.

Terceira: É uma decorrência da segunda conclusão, -os casos que chegaram ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no período em questão, não trataram de questões relativas a risco/perigo da vida ou da saúde do Consumidor, consoante os artigos 12 e 14 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor; também não trataram de vícios de qualidade, quantidade, inadequação (artigos 18, 19 e 20 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor).

Quarta: Dos 23 julgados, os Acórdãos 97010845-1, 97010788-9, 96010692-8, e 47669, mencionaram o artigo 51,IV para justificar a não incidência da *Boa-fé proteção*.

Quinta: Dos 23 julgados, “in examine”, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina afastou da proteção do Código de Defesa e Proteção do Consumidor o caso do Acórdão 40105 – Anexo 1, justificando que o Embargante não era Consumidor destinatário final, e o caso do Acórdão nº 96010692-8 – Anexo 10, em que Tribunal não levou em consideração o fato da Apelante não ser consumidora destinatária final, e não considerou a alegação de Boa-fé, do artigo 51, IV do CDC.

Já, nos demais casos, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, reconheceu em todos legitimidade para postular, na condição de Consumidor destinatário final, conforme a doutrina pregada pelos Autores do Anteprojeto do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Impende, ainda, finalmente, considerar os Acórdãos selecionados sob os critérios

da Boa-fé jurídica e do conceito de consumidor teleológico do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

A Boa-fé, como viu-se é a “Bona-fides” latina. Significa honestidade, confiança, lealdade, sinceridade, fidelidade. A Boa-fe jurídica impregna a relação de consumo desde a oferta até além da execução final da obrigação. Gera deveres para todas as partes, inclusive, àquelas não diretamente vinculadas, como acontece no dever de indenizar em razão de um acidente aéreo, um acidente em que o meio ambiente é atingido.

A Boa-fé é a atitude psicológica que deve sempre corresponder à realidade dos fatos, isto é, à verdade. Temos, como exemplo, os Acórdãos “in examine”. As partes alegando violação de interesses e direitos buscaram a reparação mediante a prestação jurisdicional. Temos, assim, como se disse, a manifestação da Boa-fé psicológica e a realização da Boa-fé Jurídica, as quais, buscam sempre a verdade. A Boa-fé Jurídica pode ser subjetiva quando é psicológica, ou seja, quando serve apenas de guia interpretativo, como é a Boa-fé do Código Civil de 1916. Já a Boa-fé Objetiva (jurídica) é determinada pelo legislador às partes e ao operador do Direito. É o caso da Boa-fé do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

A Boa-fé do Código de Defesa e Proteção do Consumidor é de ordem pública e de interesse social, consoante o disposto no artigo 1º do mencionado Código como se viu, anteriormente, na primeira parte deste estudo.

A Boa-fé se apresenta em duas oportunidades no Código de Defesa e Proteção do Consumidor. No artigo 4,III, aqui, denominada de Boa-fé princípio, e, a Boa-fé, do artigo 51,IV, aqui, classificada, como, proteção, tudo conforme as razões anteriormente expendidas.

Verifica-se que a Boa-fé jurídica pode ser psicológica ou real.

A Boa-fé real é muito difícil de ser alcançada. O operador do Direito, o magistrado, nos autos, busca encontrá-la no conjunto probatório, mas, sómente as partes a conhecem e dificilmente a revelam. Assim, a Boa-fé real é, em muitos casos, sempre inatingível. A Boa-fé real corresponde realmente à justiça e à eqüidade. Por isso, pode-se concluir que dificilmente a Boa-fé real foi revelada nos Acórdãos “sub examine”.

Por isto, os 23 Acórdãos, ora examinados, revelam a Boa-fé (objetiva) jurídica, isto é, a atitude psicológica do julgador de dar a cada um o que é seu, conforme o código determina.

Finalizando, dos Acórdãos selecionados, merece destaque o Acórdão nº 40.105-Anexo 1. Ele exemplifica a Boa-fé subjetiva (psicológica), própria da relação contratual, isto é, está fora do alcance do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, por não envolver um fornecedor de produto ou serviço e um consumidor teleológico. Neste caso, temos, inclusive, a possibilidade de demonstrar que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina aplicou, num certo sentido, a justiça, segundo o critério aristotélico, isto é, julgando desigualmente os desiguais.

Em sentido oposto, pode-se apontar o caso do Acórdão nº 96010692-8-Anexo 10. Neste o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não fez a distinção entre relação contratual e relação de consumo. Logo, pode-se concluir que o Acórdão de encontro ao conceito teleológico de consumidor e, além disso, não tem posição segura sobre o conceito de Boa-fé jurídica (objetiva) do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Conclui-se que, nos dois casos acima, há dissintonia entre norma, fato e valor.

Outro aspecto que merece atenção diz respeito ao conteúdo do Acórdão nº 47669-Anexo 8. Ele apreciou do Direito apenas o prazo de restituição dos valores. Poderia ter aprofundado juridicamente a questão sob o enfoque do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, trabalhando a questão da abusividade (Boa-fé proteção) da cláusula penal ou, ainda, ter apreciado a mencionada cláusula, segundo o critério do artigo 53 do mencionado Código.

De sua vez, o Acórdão nº 97010788-9-Anexo 11, apresentou uma solução processual, quando o fato pedia uma apreciação material. Poderia, além disso, ter esgotado a questão da nulidade segundo a cogência (lei de ordem pública) do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Da análise do Acórdão nº 97010845-1-Anexo 12, conclui-se que o mesmo não expressa um conceito seguro de consumidor teleológico, carecendo de razões jurídicas, segundo o Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Do estudo do Acórdão nº 97011870-Anexo 17, conclui-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina poderia ter enfrentado, melhor, o conceito, os limites e a função do arras na relação de consumo. Percebe-se, no caso, que faltou esclarecer a questão sob o ângulo do artigo 53, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Finalmente, do Acórdão nº 96011817-9-Anexo-20, pode-se concluir que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não distingue a Boa-fé princípio, do artigo 4,III, da Boa-fé proteção do 51,IV do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. A primeira busca o equilíbrio de valores, de objetos, dando proteção(à vida e à saúde) contra o risco/perigo apontado nos artigos 12, 14, e, os artigos 18,19 e 20, para os casos de responsabilidade por vício do produto e do serviço(qualidade e quantidade "in re ipsa").

Já a segunda é própria da proteção contra a abusividade das cláusulas e condições consideradas iníquas ou abusivas(artigo 51 do mencionado Código). Estas causam nulidade "ex lege" .

Finalmente,

Dos 23 casos, "sub examine", conclui-se que os Acórdãos, ao aplicarem o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, segundo o critério da Boa-fé, na relação de consumo:

- a) não têm claro o conceito de Consumidor, veja-se, como exemplo, os acórdãos anexos: 1, 10 e 12;
- b) quando apreciam a relação de consumo, não esclarecem todas as questões nele suscitadas; nesse sentido, aponta-se o Acórdão anexo 8;
- c) deixam de apreciar a relação de consumo, amparando-se no Direito processual; neste sentido, têm-se os Acórdãos anexos 11 e 17; e finalmente,
- d) poderiam distinguir a Boa-fé princípio da Boa-fé proteção, como no caso do Acórdão anexo 20.

Fica, assim, plenamente, concluída a presente pesquisa, uma vez que foi atendida

a sua causa final, isto é, o CONCEITO DE BOA-FÉ E O MODO DE COMO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, nestes casos, vem aplicando A BOA-FÉ OBJETIVA, com as conclusões específicas e gerais, acima apresentadas.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABREU, Iduna Wiinert de. Da Eqüidade Estudo de Direito Positivo Comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 15, n. 60, p. 217, out./dez., 1978.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. A Norma Jurídica. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Reflexões para um Estudo da Norma no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990.

ALEMANHA. **La Constitución Alemana**, de 11 de agosto de 1919. Tradução de José Rovira Armengol. Texto completo, comentarios, historia y juicio crítico por Dr. Ottmar Bühler. Biblioteca de Cultura Política. Madrid, Espanha: Editorial Labor, 1931.

ALENCAR, José Arraes de. **Vocabulário latino** (por famílias etimológicas): Filosofia e Poesia da Linguagem. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1944.

ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 2. (Biblioteca do Direito do Consumidor).

AMARAL, Luiz. **Relações de Consumo**, Brasília, DF, v.8, n. 1, p. 6, 1984. Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional. (Coleção textos legais).

ANJOS, Márcio Fabri dos; LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). **Ética e Direito: Um Diálogo**. São Paulo: Editora Santuário Aparecida, 1996. Alfonsianum Instituto de Teologia Moral. (Teologia Moral na América Latina, 12).

AQUINO, S. Tomás. **Tratado da Lei**. Tradução de Fernando Couto. Porto, Lisboa: Resjuridica. [19--].

AQUINO, S. Tomas de. **Clássicos do pensamento Político: escritos políticos**. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os Pensadores).

ASCENÇÃO, José Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral: Uma perspectiva Luso-Brasileira**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcelos. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 36, abr. / jun., 1998. Edição Especial.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BETTI, Emílio. **Teoría General de Las Obligaciones**. Traducción y notas de Derecho espanhol de José Luis de Los Mozos. Madrid, Espanha: Revista de Derecho Privado, 1969. Tomo I.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. Tomo I.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Icone, 1995.

BORGES FILHO, Nilson (Coord.). **Direito, Estado, Política e Sociedade em Transformação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CPGD-UFSC, 1995.

BOYER, Carolo. **Cursus Philosophiae ad usum seminariorum**. Contrinens Intoductionem Generalem, Logicam, Introductionem Metaphysicam, Cosmologiam, Psysichologiam Vitae vegetativae. Typis Desclée de Brower et Soc. Pontificia Universitate Gregoriana: Typis desclée de Brouwer et soc. 1937. v.1. Prof. Da Pontifícia Universitate Gregoriana.

BRAGA, Fernando. **Da Codificação à Lei civil Brasileira**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 32, n. 126, p. 183, abr./jun.1995.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 4. ed. 2. Tiragem. Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. (Universitária Biblioteca Jurídica).

BRASIL. **Código de Direito Canônico**. Promulgado por S.S. o Papa João Paulo II. 2. ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 1983. Versão portuguesa.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n. 3.078, de 10 de Janeiro de 1919. Regula a constituição de Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. **Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Lei n. 556, de 25-6-1850. **Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 nov. 1999. Suplemento.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil**. São Paulo: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1922.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disciplina a Lei das Sociedades por Ações. **Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 634-D**, de 1975. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a apreciar e proferir parecer sobre as emendas do Senado ao Projeto de lei n. 634, de 1975, do Poder Executivo, que instituiu o Código Civil. Relatório da Comissão, em 29 de novembro de 2000. Deputado João Castelo, Presidente. Deputado Ricardo Fiuza, Relator Geral. Sala da Comissão, 29 de novembro de 2000. p. 235.

BRUGI, Biagio. Le regulae juris dei giure consulti Romani. In: **STUDI Filosofia: Giuridia dedicati a Giorgio Del Vechio**. [S.I.]: Moderna, 1930.

BÜHLER, Ottomar. La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919. Tradução de José Rovira Armengol. Madrid, Espanha: Labor, 1931.

BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: AGE – Assessoria Gráfica, 1977. (Coleção AJURIS, 5).

CAENEGEM, R.C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAETANO, Marcelo et al. As Sesmarias no Direito Brasileiro. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. **Estudos de direito civil brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAMPOS, João Mota. Ordenamento Jurídico Comunitário. In: _____. **Direito Comunitário**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. v. 2.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1948, v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

CONVENÇÃO Européia sobre Responsabilidade de Fato por Produtos em Caso de Lesões Corporais ou Morte. Art. 1º. Estrasburgo, 1977. **Revista de Direito Civil-Imobiliário: Agrário e Empresarial**, [S.I.], ano 2, p.194, jan. / mar., 1978.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COVELLO, Sérgio Carlos. **A obrigação natural**. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 2. Art. 1º - 5º, I – LXVII.

CZERNA, Renato Cirell. **Direito e Comunidade: Ensaio de filosofia jurídica e social**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1965.

DANTAS, F. C. De San Tiago. Doutrina: Evolução contemporânea do direito contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, Fascículos 583, 584, p. 6, 1952.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Editor António Amado - Sucessor, 1979.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los Principios Generales dei Derecho**. Paris: [s.n], 1934.

DERECHO de Obligaciones. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de Derecho Civil**. Revisto por Heinrich Lehmann. Tradução da 35. ed. alemã con estudos de comparação e adaptação para a legislação e jurisprudência espanhola por Blas Pérez Gonzalez; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. Tomo II.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, 2000.

ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1981, n. 60, p. 504 - 505.

ENCICLOPÉDIA Universal ilustrada Europeo-Americana. Madrid: ESPASA-CALPE, 1958. p. 463. Tomo XLVII.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial dei derecho privado**. Tradução especial de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e Pós-Modernismo**. São Paulo: Studio Livros, 1995.

FERNANDES, Adauto. **Das Obrigações no Direito Brasileiro**: Conforme a doutrina e jurisprudência brasileira, portuguesa, espanhola, francesa, italiana, suíça, belga, alemã, inglesa e americana. Rio de Janeiro: Coelho Branco Editor, 1949. v. 1.

FERRARA, Francisco. **A simulação dos negócios jurídicos**. São Paulo, Campinas: Red Livros, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Norma Jurídica. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Teoria da Norma Jurídica**: Um modelo Pragmático. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio**: O Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.). **O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 495, 499. Texto escrito por Sílvio de Macedo.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p.487, 489. Texto escrito por Caio Mário da Silva Pereira.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 499. Texto escrito por Yussef Said Cahali.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p.510, 513. Texto escrito por Helita Barreira Custódio.

FRANÇA, R. Limongi. Direito Natural e Direito Positivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 51, p. 553, 555, jan. 1962.

FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

FRANÇA. **Código Civil Francês**. Texto integral do Código de 30 ventoso, ano XII, 21 de março de 1804, de conformidade com a última edição oficial de 30 de agosto de 1816. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960.

FRANÇA. **Código Napoleão** (Código Civil dos Franceses) de 30 ventoso, ano XII, 21 de março de 1804. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1983. Tomo II. Edição comemorativa do Centenário de morte do autor (1883 – 1983).

GAUKROGER, Stephen. **Descartes uma biografia intelectual**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Livros e Livros, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Estudo do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1957.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1971.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

GORÇÃO, Gustavo. **Três alqueires e uma Vaca**. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

GRANDE Enciclopédia Portuguesa e Brasileira. Rio de Janeiro: Editorial Enciclopédia, v. 23. Ilustrada.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: Algumas Notas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p.185, jan./mar. 1993.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. **O Direito Natural e o Estado de Direito**. 1978. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1969.

HERVADA, Javier. **Crítica introdutória ao Direito Natural**. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto Alegre: Resjurídica, 1990.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio**: o dicionário da língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.

INTRODUCCION/Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos/Sujeto del Derecho - Objeto del Derecho. In: ENNECCERUS, L. Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de Derecho Civil**. 13. revisión de Hans Carl Nipperdey. Tradução da 39. ed. alemã com estudos de comparação e adaptação para a legislação e jurisprudência espanholas de Bias Pérez Gonzales; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947. v. 1, Tomo I. Parte general.

ITÁLIA. **Código Civil Italiano**. Texto integral do Código de 16 de março de 1942 e com as disposições para a execução do Código Civil e disposições transitórias de 30 de março de 1942. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.

JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do Homem Grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, n. 759. 1999.

JHERING, Rudolf von. **A Evolução do Direito**. Tradução de Abel d'azevedo. Lisboa: José Bastos & Cia. Versão francesa de Meulenaere. [19--]. Título original: Zweck im Recht.

LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Agir, 1961.

LIMA, Alvino. **A fraude no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

LOGOS: Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. Lisboa, São Paulo: Verbo, 1989. v. 4.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.

LOS HECHOS Jurídicos: El Negocio Jurídico (Cot.) La ilicitud-El Tiempo-Ejercicio y protección de los derechos. In: VON THUR, Andreas. **Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Aleman**. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. 2, 3.

LOS PRINCIPALES Contratos. In: HENRI; MAZEUD, Léo; MAZEUD, Jean. **Lecciones de Derecho Civil**. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1974. v. 3, parte 3.

MACEDO JÚNIOR, Roberto Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACHADO NETO, L. **Teoria de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO NETO, L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MADEIRA, Hélcio Maciel França. **Digesto de Justiniano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Livro 1. Edição bilíngüe: Latim / Português.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARITAIN, Jacques. **Filosofia I**. Tradução de F. Leandro de Sesma. Buenos Aires: Biblioteca Argentina, Club de Lectores, 1945.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 1).

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós - moderno do direito comparado). **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 11, n. 1, p.13, jan./mar. 2000.

MARTINS JÚNIOR, Isidoro. **História do Direito Nacional**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Co - Edição com a Universidade de Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Memória Nacional, v.1).

MASI, Domenico de. **A sociedade Pós Industrial**. 2. ed. São Paulo: Editora Senac, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor/ CPGD – UFSC, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

MIRANDA, Pontes de. Art. 1º - 103. In: **COMENTÁRIOS à Constituição da República dos EE.UU do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. Tomo I.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Parte geral, Tomo III.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. Tomo XXV, Parte Especial.

MONTESQUIEU. **Espírito das Leis**. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Introdução de Otto Maria Carpeaux. Com as anotações de Voltaire, de Crévier, de Mably, de La Harpe e outros Rio de Janeiro: Ediouro. [19--]. (Coleção Universidade de Bolso).

MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do Consumidor**: O princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade e nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NACIMIENTO, Extinción y modificación de los derechos subjetivos – pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos. In: ENNECCERUS, L.Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de Derecho Civil**. 2. ed. Revisão de Hans Carl Nipperdey. Tradução de Blas Pérez Gonzalez ; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950. v. 2, Parte general II.

NAZO, Nicolau. **Os Princípios Gerais de Direito**. São Paulo: Atlas, 1935.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NICOLAS, Marie-Joseph. **Introdução à Suma Teológica**: Suma Teológica I. Tomás de Aquino. Rio de Janeiro: Loyola, [19--]. p.44.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

O TALMUD. Tradução, estudos e notas de Moacir Amâncio. São Paulo: Luminuras, 1992. (Coleção Memorah).

OBRIGACIONES: El contrato, La promesa unilateral. In: HENRI; MAZEUD, Léo; MAZEUD, Jean. **Lecciones de Derecho Civil**. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1963. v. 1. Parte 2.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Clóvis de Couto e. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 97. jan./mar. 1998.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Bobbio e a Filosofia dos Juristas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PAIN, Jairnildo Silva; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A crise da Saúde Pública e a utopia da saúde coletiva**. Salvador, Bahia: Casa da Saúde-ISC-UFBA, Casa da Qualidade Editora, 2000.

PASQUINO, Gianfranco et al. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1986.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Idéia de Boa-fé**. Rio de Janeiro: Revista Forense, out. 1937.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

PEREZ, Jesús Gonzalez. **O Principio Geral da Boa-fé no Direito Administrativo**. 2. ed. Madrid: Victor Civita, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: **Introdução ao Direito Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICAZO, Luis Díez-. **El principio General da Buena Fé**. Prólogo de Franz Wieacker. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Victor Civitas, 1977.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000.

PINTO JÚNIOR, João José. **Programa do Ensino da 2ª cadeira do 1º Ano da Faculdade de Direito do Recife 1883**. Recife: Tipografia do Jornal do Recife. [19-].

POTHIER, R. J. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Editorial Arayala, 1947. Versão direta do *Traité des Obligations* de Robert Joseph Pothier, segundo a edição francesa de 1824, publicada sob a direção de M. Dupin, corrigida e revisada por M. C. de Las Cuevas.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

QUADROS, Fausto. **Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público**. Lisboa: Almedina, 1991. (Coleção Teses).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução e Prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1979.

RADBRUCH, Gustav. **Teoria das limitações à liberdade contratual: Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral Moncada. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1979.

RÃO, Vicente. **Ato jurídico**. 4. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4. ed. Tradução de Antônio Junqueira de Azevedo. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudência, 1949.

ROCHA, António Manoel da; CORDEIRO, Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997. (Coleção teses).

RODRIGUES, Sílvio. Do erro – Do Dolo. In: _____. **Dos Defeitos dos Atos Jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [19--]. v.1.

RUPPEL, Ernesto. **Ontologia: Seu Metaphysico generales**. 2. ed. São Leopoldo, RS: Colégio Máximo Cristo, 1949. Edição Manuscrita.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. (Org.). **Pós - neoliberalismo: as Políticas Sociais e o Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALVADOR, Manuel J.G. **Terceiros e os efeitos dos actos contratos: A Boa-fé nos contratos**. Lisboa: Tipografia da Esc. da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1962.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Notas de Introduccion al Derecho 1: La definición de "derecho" y de "norma jurídica"** Buenos Aires: Depalma, 1973.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 6.

SANTOS, Milton. **Técnica Espaço Tempo: Globalização e meio técnico científico internacional**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1997.

SARAIVA, F.R. dos Santos. **Novíssimo Dicionário Latino-Português, Etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico etc**. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garbier, 1993.

SCIACIA, Gaetano. **Direito romano e Direito Civil Brasileiro**. Textos e apontamentos extravagantes com prefácio do Prof. Dr. Alexandre Correia. São Paulo: Saraiva, 1947.

SEMINÁRIO BRASILCON, 1988, Rio de Janeiro. **Cadernos da Pós-Graduação**. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, ago. 1988.

SILVA, Clóvis de Couto e. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 97, jan./mar.1988.

SILVA, Clóvis do Couto e, et al.. *O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português*. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, I, 1980, São Paulo. **Estudos de direito civil brasileiro e português**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. 1964. 233 f. Tese (Concurso da Cadeira de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS.

SILVA, José Afonso da. A Norma Jurídica. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos. 1980.

SILVEIRA, Alípio. **Fator político-social na interpretação das Leis**. São Paulo: Tipografia Paulista, 1946.

SILVEIRA, Alípio. **A Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Editora Universitária, 1973. v. 2.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na sociedade moderna**: Contribuição à crítica da teoria Social. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização, 1979.

VARELA , Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979. v. 2.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça. Departamento de Imprensa nacional, 1979.

VIVES, Álvaro Pérez. **Teoría General de Las Obligaciones**. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1953. v. 1. Parte I.

VON THUR, Andreas. **Tratado de las Obligaciones**. Traducion del W. Rocés. Madrid: Editorial Reus, 1934. v.1, Tomo I. Tradução alemã.

VON THUR, Andreas. **Derecho Civil e Teoria General Del Derecho Civil Aleman**. Buenos Aires: Depalma, 1946. v. 2.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Obrigações e Contratos. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. 3 v.

WESTERMAN, Harm Peter. **Código Civil Alemão**: Direito das Obrigações. Tradução do original por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983. . Parte Geral. Original alemão.

WIEACKER, Franz. **El Principio General de Buena Fé**. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Victor Civitas, 1977.

WOLKMER, António Carlos. **História do Direito no Brasil**. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

ZITSCHER, Harriet Christian. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Colaboração de Marco Antônio Schmidt et al.

ANEXOS

ANEXOS

Cópia dos Acórdãos selecionados

ANEXO 1.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 40.105
 COMARCA : Papanduva
 DES. RELATOR : Alcides Aguiar
 ÓRGÃO JULGADOR : Quarta Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 1 de abril de 1993
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 40.105, de Papanduva.

Relator: Des. Alcides Aguiar.

Execução - Cheque sem provisão de fundos - Embargos do devedor julgados improcedentes e de forma antecipada - Pretendido cerceamento de defesa pela não oitiva de testemunhas - Inocorrência - Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 51) - Infração não caracterizada - Caráter abusivo e iníquo do preço pago pelo devedor (comprador) de mercadoria destinada à revenda - Condição de comerciante deste último - Inexistência de coação, ardil ou embuste, hábil a ilidir a liquidez, certeza e exigibilidade emanadas do título cambial - Honorários advocatícios - No processo de execução, com embargos do devedor julgados improcedentes, a verba honorária impõe-se única para ambos os feitos - Apelo provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 40.105, da comarca de Papanduva, em que é apelante José Jaime Antunes e Cia. Ltda., sendo apelado Edson da Silva:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

José Jaime Antunes & Cia. Ltda. propôs embargos à execução promovida por Edson da Silva, pois este pretende cobrar-lhe a importância de Cr\$ 300.000,00,

representado pelo cheque n. 727.992, de 3/12/91, que compensado resultou em devolução, sem fundos e com conta encerrada.

Afirmou o embargante que fora vítima da má fé do embargado, o qual vendeu-lhe 1.440k de pêssago pelo preço assustador de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) por quilo, quando, na verdade, referido produto estava sendo comercializado no mercado a Cr\$ 250,00 (duzentos e cinquenta cruzeiros) por quilograma. Por se dedicar a outro ramo de atividade ignorava totalmente o valor real do produto.

Aduziu, ainda, que foi vítima da ganância e má fé do produtor fornecedor em total desrespeito ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme preceitua seu artigo 51, IV e X, par. 1º, I e III.

Alegou, por fim, que há ausência de causa debendi, o que enseja a nulidade do título executivo, e a procedência dos presentes embargos.

Impugnou os embargos o credor, argumentando que o título é líquido e certo e que não apresentou o devedor qualquer prova documental que comprovasse a transação comercial, tornando-se infundadas as assertivas.

Sentenciando, julgou o digno Magistrado improcedentes os embargos.

Apelou o vencido pleiteando a anulação da r. sentença, diante do flagrante cerceamento de defesa.

Contra-razões às fls. 28.

Contados e preparados, os autos ascenderam a este eg. Tribunal.

É o relatório.

A douda sentença apelada deve subsistir, ainda que não integralmente.

Cuida-se de execução embasada em título extrajudicial - cheque emitido pela embargante (recorrente) e devolvido por falta de provisão de fundos em poder do sacado.

Invoca o apelante, nos embargos, disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que ilidiriam a pretendida cobrança, posto que teria sido vítima da má-fé do embargado, que lhe vendeu mercadoria (pêssegos) por preço bem acima do mercado, causando-lhe, destarte, prejuízos, posto que obrigou-se a revender o produto agora pelo valor corrente no comércio ou por um terço do que pagou ao apelado.

Ante a redação dos dispositivos legais, dito infringidos pelo vendedor - art. 51, incs. IV e X, e seu par. 1º, incisos I e III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, nulas de pleno direito serão as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos, com obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, onerando-o excessivamente, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade.

Conquanto a "lei ao se referir ao consumidor final" queira "proteger também quem exerce o comércio intermediário, ou a indústria que adquire produtos para industrializá-los e pô-los ao alcance de quem os consome diretamente, isto é, in personam", (SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e Prática do Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Paumape, p. 27), e nesse caso se incluiria a embargante, não vislumbra-se na espécie em exame a eiva de nulidade apontada. Admitida embora pela doutrina, a existência de "cláusulas abusivas não escritas", como lembra Carlos Eduardo Manfredim Hapner, in: *Comentários ao Código do Consumido*, coordenadores José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, (Forense Universitária, 1992, p. 171), mister se fazia que o devedor trouxesse aos autos prova capaz de convencer o julgador acerca da iniquidade de que se diz vítima e da conseqüente desvantagem que lhe resultou do aludido negócio.

Consoante ressaí da doutrina:

A palavra iníquo comporta ao menos dois significados distintos: Pode significar algo contrário à equidade ou pode significar algo injusto [...] são abusivas as cláusulas que contenham obrigações injustas. Ora, o alcance do conceito de justiça é extremamente relativo e depende de uma série de elementos que escapam à investigação da lei propriamente dita [...].

Doutra parte, "[...] as hipóteses de vantagem exagerada deverão sempre merecer a atenção cuidadosa do juiz, caso a caso, como aliás sugere o final do inciso III, do par. 1º, do artigo 51, ao determinar que se considere, dentre outros elementos, as circunstâncias peculiares de cada caso" (ob. e a. cit., p. 175 - 176).

Acresça-se, ainda, que ao dispor sobre o caráter abusivo da cláusula que disponha sobre a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, o inciso VI, do art. 51, fornece eco ao disposto no artigo 6º, inciso VIII, onde é

estabelecido, como direito básico do consumidor, "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência" (ob. e a. cit., p. 176) (grifo nosso).

No caso vertente, de todo inverossímil que a embargante, como comerciante, e sem que se possa, por óbvio, considerá-la economicamente humilde, viesse a ser ludibriada quanto ao preço acordado para a compra da mercadoria efetuada ao embargado. Não lhe socorre, evidentemente, a alegada ignorância no trato com o comércio de frutas, à simples assertiva de que até então dedicava-se a outro ramo de atividade.

Como bem assinala a sentença: "Quem propõe-se a negociar deve saber as margens de preços para negociar. Por quanto vende, por quanto deve comprar, levando-se em consideração despesas, lucro, etc. Se ao efetuar a compra dos pêssegos o embargante não observou estes fatores, não pode agora pretender que o embargado arque com os prejuízos que não deu causa".

À evidência, pois, que não seria a prova testemunhal por si só suficiente à comprovação de que o embargante sofreu os prejuízos alegados e derivados da má-fé por parte do vendedor-embargado.

Anote-se mais que se está diante de cheque formalmente correto, e, segundo o entendimento jurisprudencial: "sendo o cheque um título autônomo para pagamento à vista, a prova testemunhal somente é indispensável se o mesmo foi emitido sob coação, ardil, embuste ou no caso de injusto desapossamento, isto é, quando o título se acha vinculado a uma relação fundamental complexa e a demandar alta indagação, o que inócorre no caso" (Ap. civ. n. 21.207, Des. João Martins, DJ de 10/9/84).

No que tange, porém, à verba honorária, esta, no caso concreto, deve emergir única em relação a ambos os feitos (execução e embargos). É que:

"Nos embargos à execução por título extrajudicial julgados improcedentes, não há dupla verba para honorários de advogado - dos embargos e a da execução: 'A sucumbência é uma só. Improcedentes os embargos, o devedor responderá pelo

principal e acessórios constantes de execução, inclusive a verba honorária "" (TFR – 4. Turma, Min. Carlos Velloso, J. 17/8/83. Neste sentido: RSTJ 14/417, JTA 93/54).

Doutra parte, "nas causas em que não há condenação, a apreciação equitativa do juiz para a determinação dos honorários de advogado não afasta a possibilidade de que os mesmos sejam arbitrados em percentual sobre o valor da causa (art. 20, par. 4o, do CPC)" (STJ, 3. Turma, REsp. 5.704-MG, rei. Min. Dias Trindade, j. 13/5/91, in: NEGRÃO, Theotonio. *CPC e Legislação Processual em Vigor*, 23. ed., p. 82).

Como na espécie dupla foi a condenação na verba honorária, resta ela reduzida a 15% sobre o valor dado à execução, corrigidos desde o vencimento do título e a abranger ambos os feitos.

Para o fim último explicitado, dá-se provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 1 de abril de 1993.

João José Schaefer

PRESIDENTE COM VOTO

Alcides Aguiar

RELATOR

ANEXO 2.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 44.318
 COMARCA : Capital
 DES. RELATOR : Napoleão Amarante
 ÓRGÃO JULGADOR : Segunda Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 19 de abril de 1994
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 44.318, da Capital.

Relator: Des. Napoleão Amarante.

CONSÓRCIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA
 CONTRATUAL. PEDIDO CUMULADO COM RESCISÃO DO CONTRATO DE
 ADESÃO E COM O DE RESTITUIÇÃO NO VALOR CORRESPONDENTE ÀS
 PRESTAÇÕES PAGAS. PLANO AINDA NÃO ENCERRADO. SENTENÇA QUE
 SE DEIXA DE ANULAR, PORQUANTO, A DESPEITO DA EXTINÇÃO DO FEITO
 POR FALTA DE INTERESSE, NELA VEIO A SER ENFRENTADO A QUESTÃO
 DE MÉRITO. RECURSO PROVIDO PARA, ALTERADO O DISPOSITIVO DO
 JULGADO, DECLARAR O DIREITO À DEVOLUÇÃO ACIMA REFERIDA COM A
 DEVIDA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, A PARTIR DO TRIGÉSIMO DIA DO
 ENCERRAMENTO DO GRUPO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 44.318, da comarca
 da Capital (5a Vara), em que é apelante Valder Teodoro da Silva, sendo apelado
 Consórcio Nacional Garavelo - Ban Consórcio Administradora de Bens S/C Ltda.:
 ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao
 recurso.

Custas na forma da lei.

Valder Teodoro da Silva promoveu ação declaratória de nulidade de cláusula
 contratual cumulada com rescisão de contrato de adesão e restituição atualizada

dos valores pagos contra Garavelo Consórcio Nacional, alegando, em síntese, que, após haver aderido a um plano de consórcio administrado pela demandada, viu-se compelido a interromper o pagamento das prestações avençadas, diante da perda de sua capacidade financeira. Esclarece, em seguida, que, ao solicitar o pagamento das parcelas já liquidadas, foi-lhe adiantado que o respectivo valor só seria devolvido após o encerramento do grupo, sem os acréscimos dos juros e da correção monetária. Argumenta, por outra parte, que a nova regulamentação do Banco Central do Brasil (Circulares 2.195 e 2.196, ambas de 30 de junho de 1992), estipulando o pagamento de multa ao desistente, não pode atingir os consorciados com relação jurídica já estabelecida anteriormente a essa data. No tocante ao direito, após referência aos artigos 51, IV, e 53, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, e ao artigo 115 do Código Civil - que tratam da nulidade de cláusulas iníquas, abusivas ou incompatíveis com a boa-fé e a equidade -, passa a colacionar jurisprudência, seja no sentido de caracterizar a possibilidade de incidência de juros de mora e correção monetária sobre o montante a ser devolvido ao participante de consórcio que dele se afasta, seja para realçar a nulidade de cláusula que prevê essa devolução sem tais implementos, uma vez encerrado o respectivo grupo, por ser a mesma, então, de natureza abusiva. Por fim, nessa parte da inicial, passa a demonstrar não só a adequação da declaratória para a nulidade de cláusula em tal sentido, como também a juridicidade de a ela acumular-se o pedido de rescisão e a devolução dos valores pagos com os aludidos acréscimos.

Requer, assim, a procedência da ação com o fito de declarar-se como leonina e sem validade a cláusula do contrato de adesão que exclui a atualização da quantia a ser restituída, e bem assim a rescisão antecipada do ato jurídico em referência, com a condenação na imediata restituição das prestações pagas, atualizadas de acordo com o mesmo critério de reajustamento destas últimas. Pede, ainda, a condenação nas custas processuais e honorários de advogado, estes a serem arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Finalmente, em termos alternativos, indica os percentuais a serem aplicados, a título de correção, se o entendimento judicial for no sentido de adotar-se os índices oficiais de

inflação; e se não for caso de devolução imediata, que se declare, na sentença, que esta deve efetivar-se tão logo advenha o termo final do grupo.

Na contestação oferecida foram suscitadas três preliminares: a primeira, de ilegitimidade passiva adcausam, porquanto, na espécie, quem deve compor a relação jurídica processual, na condição de demandado, seria, atualmente, o Banco Central, por ser ele quem normatiza e ao mesmo tempo exerce fiscalização sobre atividade consorcial; a segunda, de incompetência da justiça estadual diante do cambimento da ação, em tese, apenas, contra aludido órgão, que integra o elenco das entidades da administração indireta da União; a terceira, de carência de ação, por ter sido aforada antes do encerramento do grupo. No mérito, no contexto de larga explanação, entende que, diante dos termos contratuais, tem o requerente direito à devolução "segundo as disponibilidades de caixa e por rateio proporcional".

Após manifestar-se o autor sobre os termos da contradita, adveio sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, com apoio no artigo 267, VI, da lei adjetiva civil, ao argumento de falta de interesse de agir. Honorários de advogado e custas do processo por conta do vencido.

Inconformado com a solução ministrada, o autor recorreu, propugnando pela sua reforma, por entender que, no caso de desistência ou exclusão do consorciado, nada obsta o ajuizamento de ação como a que foi intentada, mesmo antes do encerramento do grupo. De um lado, não há por que deixar de declarar a nulidade de cláusula que exclui a atualização dos valores pagos, para evitar o enriquecimento sem causa, e de outro, para possibilitar que, mesmo após o termo final do consórcio, possa o desistente ou o excluído ter os valores das prestações quitadas, devolvidas com os juros e a correção monetária.

Após o preparo, os autos foram encaminhados a esta Instância, sem, entretanto, a apresentação de contra-razões.

Este, em apertada síntese, é o relatório.

Apesar de constar da parte dispositiva da sentença manifestação judicial no sentido da extinção do processo, porque o pedido só se justificaria após o decurso de 30 (trinta) dias do encerramento do respectivo plano de consórcio, e não antes

desse interregno, como no caso ocorreu, mesmo assim não deixou o magistrado sentenciante de enfrentar o mérito, ao admitir, por via da jurisprudência colacionada, o direito da restituição das parcelas pagas pelo consorciado desistente, com o implemento da correção monetária.

Assim, não só por uma questão de economia processual como também por motivo de salutar política judiciária, deixa-se de anular o feito por entender-se que, nesta particular hipótese, não pode vingar a perspectiva, mesmo que longínqua, de subtração de um grau de jurisdição. É que, na espécie, antecipou-se o magistrado, apesar do dispositivo sentencial, com a solução de mérito que, aliás, no concernente à tese da exordial, tende, gradativamente, a colher a unanimidade dos Pretórios nacionais. Vale dizer, deixou-se expresso, ali, a diretriz que leva à necessidade de considerar a atualização da soma a ser devolvida ao desistente do consórcio, após expirado o trintídeo do encerramento deste.

Assim, adentra-se no *meritum causae* para, acolhido em parte o pedido, decretar-se a nulidade da cláusula que inadmite a atualização dos valores a serem devolvidos ao desistente.

E, a partir daí, admite-se a atualização dos valores a serem desembolsados pela apelada em favor do apelante, em razão do crédito oriundo de prestações pagas anteriormente à desistência, salientando-se que a correção, nos limites próprios do consórcio, deve compor o montante a ser restituído, deduzidas as taxas e despesas de sua administração. Adite-se, ainda, que a devolução só poderá ser efetivada a partir do trigésimo dia do encerramento das atividades do grupo. E mais: os juros de mora são devidos a contar do termo final dessa última dilação.

Quanto aos honorários advocatícios, impende, no caso concreto, em que não houve condenação, mas mera declaração, arbitrá-los em 1/3 (um terço) do salário mínimo, vigente à época da liquidação, à inteira responsabilidade da parte vencida, que arcará, outrossim, com as custas judiciais.

Assim, é provido o recurso.

Presidiu o julgamento, o Exmo. Sr. Des. Napoleão Amarante e participou do mesmo, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira.

Florianópolis, 19 de abril de 1994.

Rubem Córdova

PRESIDENTE P/O ACÓRDÃO COM VOTO

Napoleão Amarante

RELATOR

ANEXO 3.

TIPO DE PROCESSO	: Apelação cível
NÚMERO ACÓRDÃO	: 44.274
COMARCA	: Capital
DES. RELATOR	: Napoleão Amarante
ÓRGÃO JULGADOR	: Segunda Câmara Civil
DATA DECISÃO	: 19 de abril de 1994
PUBLICADO NO DJESC	:

Apelação cível n. 44.274, da Capital.

Relator: Des. Napoleão Amarante.

CONSÓRCIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PEDIDO CUMULADO COM RESCISÃO DO CONTRATO DE ADESÃO E COM O DE RESTITUIÇÃO NO VALOR CORRESPONDENTE ÀS PRESTAÇÕES PAGAS. PLANO AINDA NÃO ENCERRADO. SENTENÇA QUE SE DEIXA DE ANULAR, PORQUANTO, A DESPEITO DA EXTINÇÃO DO FEITO POR FALTA DE INTERESSE, NELA VEIO A SER ENFRENTADO A QUESTÃO DE MÉRITO. RECURSO PROVIDO PARA, ALTERADO O DISPOSITIVO DO JULGADO, DECLARAR O DIREITO À DEVOLUÇÃO ACIMA REFERIDA COM A DEVIDA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, A PARTIR DO TRIGÉSIMO DIA DO ENCERRAMENTO DO GRUPO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 44.274, da comarca da Capital, em que é apelante Paulo Flávio Varela, sendo apelada FIAT Administradora de Consórcios Ltda:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Paulo Flávio Varela intentou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual e rescisão de contrato de adesão contra FIAT Administradora de Consórcios Ltda.,

alegando, em síntese, que, após haver aderido a um plano de consórcio administrado pela demandada, viu-se compelido a interromper o pagamento das prestações avançadas, diante da perda de sua capacidade financeira. Esclarece, em seguida, que, ao solicitar o pagamento das parcelas já liquidadas, foi-lhe adiantado que o respectivo valor só seria devolvido após o encerramento do grupo, sem os acréscimos dos juros e da correção monetária. Pretende, assim, pela via judicial, reaver o que desembolsou, devidamente atualizado "e acrescido de sua participação proporcional no fundo de reserva, antes mesmo do encerramento do grupo".

Quanto ao direito, após referência aos artigos 51, IV, e 53, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, e ao artigos 115 do Código Civil - que tratam da nulidade das cláusulas iníquas, abusivas ou incompatíveis com a boa-fé e a equidade -, passa a colacionar jurisprudência, consagradora do direito à devolução de somas pagas pelo consorciado desistente, com os acréscimos dos juros e da correção monetária.

Requeru, em seguida, a procedência da ação para declarar-se leonina e sem validade a cláusula do contrato de adesão que exclui a atualização da quantia a ser restituída, e bem assim a rescisão antecipada do ato jurídico em referência, com a condenação na imediata restituição das prestações pagas, "atualizadas de acordo com o valor do veículo". Pede, ainda, a condenação nas custas processuais e honorários advocatícios, estes a serem arbitrados em 20% do valor da condenação. Finalmente, em termos alternativos, indica os percentuais a serem aplicados a título de correção monetária, se o entendimento judicial for no sentido de adotar-se os índices oficiais de inflação.

Após a contestação, em que se argúi, em preliminar, a ilegitimidade passiva ad causam e, no mérito, insiste-se na licitude da cláusula contratual impugnada, porque o contrato é lei entre as partes, manifestou-se sobre os seus termos o demandante.

Adveio, em seguida, sentença que deu pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, com apoio no artigo 267, VI, do Codex instrumental. E assim decidiu porque o pedido foi posto em juízo antes do encerramento das atividades do grupo

consorcial. A despeito de entender o digno magistrado que a devolução das prestações pagas pelo autor desistente devem acrescer da correção monetária, propendeu, todavia, pela referida solução porque a seu ver, em outros termos, o direito subjetivo à ação em referência só exsurge após o encerramento do consórcio.

Contra o ato judicial aqui mencionado foi interposto recurso no qual o autor propugna pela procedência da ação, uma vez rechaçada a preliminar de carência de ação.

Rebatido o recurso e efetuado o preparo, os autos foram encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

Apesar de constar da parte dispositiva da sentença manifestação judicial no sentido da extinção do processo, porque o pedido só se justificaria após o decurso de 30 (trinta) dias do encerramento do respectivo plano de consórcio, e não antes desse interregno, como no caso ocorreu, mesmo assim não deixou o magistrado sentenciante de enfrentar o mérito, ao admitir, por via da jurisprudência colacionada, o direito da restituição das parcelas pagas pelo consorciado desistente, com o implemento da correção monetária.

Assim, não só por uma questão de economia processual como também por motivo de salutar política judiciária, deixa-se de anular o feito por entender-se que, nesta particular hipótese, não pode vingar a perspectiva, mesmo que longínqua, de subtração de um grau de jurisdição. É que, na espécie, antecipou-se o magistrado, apesar do dispositivo sentencial, com a solução de mérito que, aliás, no concernente à tese da exordial, tende, gradativamente, a colher a unanimidade dos Pretórios nacionais. Vale dizer, deixou-se expresso, ali, a diretriz que leva à necessidade de considerar a atualização da soma a ser devolvida ao desistente do consórcio, após expirado o trintídeo do encerramento deste.

Assim, adentra-se no *meritum causae* para, acolhido em parte o pedido, decretar-se a nulidade da cláusula que inadmite a atualização dos valores a serem devolvidos ao desistente.

E, a partir daí, admite-se a atualização dos valores a serem desembolsados pela

apelada em favor do apelante, em razão do crédito oriundo de prestações pagas anteriormente à desistência, solicitando-se que a correção, nos limites próprios do consórcio, deve compor o montante a ser restituído, deduzidas as taxas e despesas de sua administração. Adite-se, ainda, que a devolução só poderá ser efetivada a partir do trigésimo dia do encerramento das atividades do grupo. E mais: os juros de mora são devidos a contar do termo final dessa última dilação.

Quanto aos honorários advocatícios, impende, no caso concreto, em que não houve condenação, mas mera declaração, arbitrá-los em 1/3 (um terço) do salário mínimo, vigente à época da liquidação, à inteira responsabilidade da parte vencida, que arcará, outrossim, com as custas judiciais.

Assim, é provido o recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Napoleão Amarante e participou do mesmo também, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira.

Florianópolis, 19 de abril de 1994.

Rubem Córdova

PRESIDENTE P/O ACÓRDÃO COM VOTO

Napoleão Amarante

RELATOR

ANEXO 4.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
NÚMERO ACÓRDÃO : 42.766
COMARCA : Capital
DES. RELATOR : Napoleão Amarante
ÓRGÃO JULGADOR : Segunda Câmara Civil
DATA DECISÃO : 19 de abril de 1994
PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 42.766, da Capital.

Relator: Des. Napoleão Amarante.

CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DIREITO À DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS, DEVIDAMENTE ATUALIZADAS E ACRESCIDAS DOS JUROS DE MORA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA DETERMINAR QUE A RESTITUIÇÃO EM APREÇO SEJA FEITA A PARTIR DO TRINTÍDIO DO ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DO GRUPO. JUROS DE MORA A CONTAR DESSE ÚLTIMO TERMO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 42.766, da comarca da Capital (5a Vara), em que é apelante Santa Fé Administradora de Consórcios S/C Ltda., sendo apelada Maureci da Silva Hess:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Maureci da Silva Hess promoveu ação declaratória de nulidade de cláusula contratual e rescisão de contrato de adesão contra Santa Fé Administradora de Consórcios S/C Ltda., alegando, em síntese, que, após haver aderido a um plano de consórcio administrado pela demandada, viu-se compelida a interromper o pagamento das prestações avençadas, diante da perda de sua capacidade financeira. Esclarece, em seguida, que, ao solicitar o pagamento das parcelas já

liquidadas, foi-lhe adiantado que o respectivo valor só seria devolvido após o encerramento do grupo, sem os acréscimos dos juros e da correção monetária. Pretende, assim, pela via judicial, reaver o que desembolsou, devidamente atualizado "e acrescido de sua participação proporcional no fundo de reserva, antes mesmo do encerramento do grupo".

Quanto ao direito, após referência aos artigos 51, IV, e 53, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, e ao artigos 115 do Código Civil - que tratam da nulidade das cláusulas iníquas, abusivas ou incompatíveis com a boa-fé e a equidade - passa a colacionar jurisprudência, consagradora do direito à devolução de somas pagas pelo consorciado desistente, com os acréscimos dos juros e da correção monetária.

Requeru, em seguida, a procedência da ação para declarar-se leonina e sem validade a cláusula do contrato de adesão que exclui a atualização da quantia a ser restituída, e bem assim a rescisão antecipada do ato jurídico em referência, com a condenação na imediata restituição das prestações pagas, "atualizadas de acordo com o valor do veículo". Pede, ainda, a condenação nas custas processuais e honorários advocatícios, estes, a serem arbitrados em 20% do valor da condenação. Finalmente, em termos alternativos, indica os percentuais a serem aplicados a título de correção monetária, se o entendimento judicial for no sentido de adotar-se os índices oficiais de inflação.

Na contestação, após a arguição da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, porque como mera administradora da sociedade transitória, chamada grupo de consórcio, não pode compor, a ré, a relação processual, passa esta a enfrentar o mérito. Nesse ponto, propugna pela improcedência do pedido frente à inadimplência do autor que deixou de pagar as parcelas para o fundo comum, fundo de reserva e taxa de administração devida à demandada.

O Dr. Juiz de Direito, uma vez colhida a manifestação do autor sobre os termos da contradita, julgou procedente para, declarada nula a cláusula contratual questionada, condenar a ré a devolver à autora, "devidamente atualizadas pelo valor estampado na avença, e de uma só vez, as parcelas já pagas, excluídas a taxa de administração e as despesas administrativas causadas com a exclusão,

tudo com os acréscimos dos juros legais contados da citação". Atribuiu à vencida a responsabilidade pelas custas processuais e honorários de advogado arbitrados em 10% sobre o valor do crédito a ser apurado.

A vencida recorreu. Pretende, em primeiro lugar, a extinção do feito por ilegitimidade passiva ad causam, com apoio no entendimento já delineado na contestação. E, se rejeitada essa prefaciai, no mérito, sustenta ser incabível a aplicação do Código do Consumidor porque posterior ao contrato firmado pela demandante. Demais disto, a prosperar o entendimento perfilhado na sentença, estar-se-ia afrontando ato jurídico perfeito protegido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI); de outro, a equação não estaria correta porque, não se tratando de relação de consumo, incabível passa a ser a aplicação do aludido Código. Por fim, insurge-se contra a imediata devolução das prestações pagas que, a seu ver, não podem ser acrescidas dos juros e da correção monetária. E arremata, acentuando que a restituição, em última análise, só pode ser efetuada após o trindídio do encerramento das atividades do grupo.

Rebatido o apelo e efetuado o preparo, os autos foram encaminhados a esta Instância.

É, em resumo, o relatório.

O recurso é provido em parte. Na verdade, equivocou-se o ilustre magistrado ao determinar a imediata devolução do valor das prestações pagas pela apelada, mesmo reconhecendo, expressamente, a manutenção do grupo, sem a sua prévia extinção. É que, segundo reiterados julgados, inclusive do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a restituição dos valores desembolsados pelo consorciado desistente somente pode passar à esfera concreta do seu patrimônio trinta dias após o termo final do encerramento do plano. Adite-se, demais disto, que os juros de mora devem ser contados a partir do trigésimo dia do aludido encerramento, como bem decidiu a respeito o egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, através de seu Quarto Grupo, in verbis: "Consórcio. Restituição de parcelas. Decisão condenatória a termo inobstante ainda não encerradas as atividades de grupo consorciai. Viável decisão condenatória a termo para que se opere a restituição das parcelas corrigidas, a partir dos respectivos dispêndios e

acrescidas de juros, a partir do trigésimo dia do encerramento das atividades do grupo [...]" (RE n. 192.167.567).

Quanto à ilegitimidade, para não deixar sem resposta o apelo, embora venha após o mérito, constitui preliminar sem consistência jurídica. Aliás, entre outras decisões, no sentido da legitimidade, cumpre destacar a seguinte: "[...] A administradora de consórcio é parte legítima passiva ad causam nas ações em que os participantes de consórcios excluídos ou desistentes visam a obter a devolução das prestações pagas devidamente atualizadas" (Ap. Cív. 39.670, DJ de 18.1.93, p. 9).

Não procede, também, a assertiva de configurar cláusula penal a estipulação que exclui a correção monetária quando da devolução de prestações pagas por consorciados excluídos ou desistentes. Assim já se manifestou o colendo Tribunal Superior de Justiça, rel. Ministro Athos Carneiro:

"Ao participante de consórcio que dele se afasta é devida, quando do encerramento do plano, a devolução das prestações pagas, com correção monetária. A cláusula do contrato de adesão, que exclui a devolução da quantia a ser devolvida, é de ser considerada leonina e sem validade; não pode ser tida, outrossim, como cláusula penal, pois esta exige estipulação inequívoca e deve ser proporcional à graveza do inadimplemento contratual [...]" (LEX, 32, p. 154).

Diante, pois, do exposto, é provido o recurso para determinar que a devolução seja efetuada, excluído o que deva ser excluído, após o trigésimo dia do encerramento das atividades do grupo, com os acréscimos da atualização monetária e juros na forma acima delineada.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Napoleão Amarante e participou do mesmo, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira.

Florianópolis, 19 de abril de 1994.

Rubem Córdova

PRESIDENTE P/O ACÓRDÃO COM VOTO

Napoleão Amarante

RELATOR

ANEXO 5.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
NÚMERO ACÓRDÃO : 46.582
COMARCA : Joinville
DES. RELATOR : Nilton Macedo Machado
ÓRGÃO JULGADOR : Terceira Câmara Civil
DATA DECISÃO : 20 de setembro de 1994
PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 46.582, de Joinville.

Relator: Des. Nilton Macedo Machado.

CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA - DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS - GRUPO ENCERRADO - CORREÇÃO MONETÁRIA - NÃO É LÍCITA CLÁUSULA QUE EXCLUI A CORREÇÃO MONETÁRIA EM CASO DE DESISTÊNCIA - A RESTITUIÇÃO DEVE CORRESPONDER AOS VALORES PAGOS, CORRIGIDOS MONETARIAMENTE, DESDE A DATA DE CADA PAGAMENTO -OS JUROS SÃO DEVIDOS "APÓS A MORA DA ADMINISTRADORA, ENCERRADO O PLANO E NÃO DEVOLVIDAS CORRETAMENTE AS PRESTAÇÕES", FLUINDO A PARTIR DO TRIGÉSIMO DIA DO ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DO GRUPO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 46.582, da comarca de Joinville (4. Vara), em que é apelante Consórcio Nacional Garibaldi - Administradora de Consórcios S/C Ltda., sendo apelado Waldeivo Souza Cortes: ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Waldeivo Souza Cortes propôs ação ordinária de cobrança contra Consórcio Nacional Garibaldi - Administradora de Consórcios S/C Ltda., objetivando reaver os valores relativos às prestações que pagou em um consórcio administrado pela

ré, devidamente atualizados pelo preço do bem, aduzindo ter aderido a um grupo de consórcio para a aquisição de uma moto CB-450 DX, da qual pagou 54 parcelas, e que, em um determinado momento, por não mais conseguir suportar os constantes e exorbitantes aumentos no preço do bem, ocasionados pela grave crise econômica que se abateu sobre o País, viu-se forçado a suspender o pagamento das prestações, afastando-se do grupo; disse que o contrato de adesão contém cláusulas leoninas, impostas unilateralmente pela administradora, prescrevendo que a restituição dos valores pagos somente ocorrerá após 30 dias do encerramento do grupo, e sem a incidência de qualquer correção monetária.

A ré contestou a ação, aduzindo, em proemial, ser o autor dela carecedor, sendo impróprio o meio processual que utilizou, porquanto deveria ter proposto, anteriormente, ação declaratória, visando a desconstituir a cláusula contratual referente à restituição das contribuições recolhidas pelos consorciados desistentes. No mérito, aduziu que o art. 54, par. 2o, do Regulamento Geral dos Consórcios, tem por finalidade proteger o interesse da maioria e minimizar os prejuízos causados pelo desistente ao respectivo grupo, e que o Código de Defesa do Consumidor nada inovou acerca desta matéria.

Disse ainda que, conforme o referido regulamento, o autor poderia ter providenciado a alteração do bem por outro de menor valor, ou ainda, transferido sua quota para terceiros, e que deveria ter-lhe comunicado de sua intenção de se afastar do grupo, a fim de que pudesse promover a reposição da quota. Enfatizou não ser possível a atualização dos valores pagos pela mesma proporção dos aumentos sofridos pelo bem, porquanto não há qualquer previsão, tanto legal como contratual, que autorize tal pretensão. Por fim, ressaltou que, caso fosse condenada à restituição, deveriam ser abatidos os valores referentes à taxa de administração, taxa de adesão, ao seguro e ao fundo de reserva.

Impugnou-se a contestação (fls. 42/43).

A seguir, julgou-se procedente o pedido inicial (fls. 47/51).

Inconformado, apelou o vencido, buscando a reforma da sentença hostilizada, aduzindo que a restituição, nos moldes em que é prevista pelo contrato de adesão, não se traduz em atitude lesiva aos consorciados desistentes, tampouco

caracteriza enriquecimento sem causa da administradora, porquanto as contribuições recolhidas que não são destinadas à aquisição do bem passam a integrar o fundo de reserva, cujos saldos, ao final, serão rateados entre todos os participantes do grupo, inclusive os desistentes e excluídos, na proporção de suas respectivas participações.

Asseverou que a interpretação benéfica do contrato, em favor do autor, pelo fato do mesmo ser de adesão, somente poderia ocorrer se houvesse alguma cláusula dúbia ou obscura, o que não se verificou no presente caso. No mais, repisou *ipsis literis* os argumentos expostos em sua contestação.

Houve contra-razões (fls. 66/69).

Após contados e preparados, ascenderam os autos.

É o relatório.

A questão é por demais conhecida e foi bem resolvida pelo ilustre magistrado sentenciante, Dr. Ricardo José Roessler, na bem elaborada sentença que se adota como razão de decidir, *verbis*:

"Cuida-se de ação ordinária de cobrança visando a restituição de parcelas de consórcio com correção monetária.

"Tenho como fatos incontroversos (art. 302 do CPC) o encerramento do grupo, ocorrido em 25.8.93 e o pagamento integral do contrato (fls. 8/17). Trata-se portanto de um plano já encerrado e totalmente quitado. Não houve qualquer contestação nesse sentido. A ação proposta por consorciados desistentes que buscam a devolução corrigida de cotas pagas a consórcios, embora denominadas de cobrança, tem conteúdo múltiplo, visando ao reconhecimento da nulidade da cláusula contratual que exclui a devolução corrigida e o reconhecimento à atualização.

"A preliminar de carência não merece provimento posto que a cláusula prevendo a forma de devolução pode perfeitamente sofrer críticas através da presente ação. Não há óbice legal para tanto.

"No expressivo dizer de ORLANDO GOMES, 'O *princípio* da autonomia da vontade particulariza-se no direito contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos

reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica '(In: *Contratos*', Forense Universitária, 12. ed., p. 25). Adiante, acrescenta: 'O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade '.

"À liberdade de contratar contrapõem-se os pressupostos da licitude do objeto e do respeito à ordem pública e aos bons costumes.

"As relações jurídicas entre os litigantes também estão subordinadas a um contrato (de adesão) consubstanciado no Regulamento do Consórcio.

"Este é padrão e nele está inserida a cláusula guerreada, prevendo que o participante que desistir do consórcio ou que dele for excluído, inclusive seus herdeiros ou sucessores, receberão de volta as quantias já pagas, sem juros ou correção monetária, dentro de 30 (trinta) dias do encerramento do grupo, deduzida a taxa de administração, correspondente ao período de sua permanência no grupo.

"O grupo referido está encerrado. O autor pagou todas as parcelas e pretende agora a devolução com a correção monetária. Desnecessária a comunicação aludida pela requerida, vez que os próprios termos da contestação evidenciam a negativa no pagamento do pleito.

"Tenho que a referida cláusula, no que se refere à supressão da correção monetária na importância a ser restituída, é ilegal e injusta.

"Ilegal porque contraria e afronta as normas e *princípios* do Código do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

"De acordo com o artigo 51, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que 'subtraíam do consumidor a opção pelo reembolso da quantia já paga ' (inc. II) ou as que 'estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade ' (inc. IV).

"Injusta porque a supressão da correção monetária do valor a ser restituído equivale a penalizar, muito severamente, o consorciado, trazendo aos demais vantagens sem causa justa. Estaria caracterizado o enriquecimento ilícito, não

tolerado legal e moralmente.

"Destaco, por oportuno, que recentemente decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

'Não constituindo a correção monetária um plus, mas mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação, deve ela incidir mesmo nos contratos pactuados sem sua previsão ' (in Revista dos Tribunais, 661/181).

"O inconformismo da requerida não tem razão de ser na medida em que, como já foi dito, a correção monetária é mera reposição do valor da moeda e não um plus ou acréscimo ao quantum devido, incidindo, assim, sobre devoluções de cotas de consórcio, inclusive nos casos de desistência antes do encerramento do grupo, dado o fim instrumental do processo na forma do artigo 572 do pergaminho instrumental (Ap. Cível n. 43.578, da Comarca de Joinville, rei. Des. ALCIDES AGUIAR).

"Admitida a correção monetária nas parcelas pagas pelo consorciado, por imperativo lógico há de ser afastada qualquer disposição contratual ou regulamentar que impeça sua aplicação, sob pena de se comprometer a justa composição dos danos e o fiel adimplemento das obrigações (REsp n. 9.422, PR, rei. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJU, 24.6.91, 4a Turma do STJ).

"A colenda Terceira Turma daquele alto pretório adotou idêntica posição ao julgar o REsp n. 9.779, RS, rei. Ministro WALDEMAR ZVEITER: 'Civil - Consórcio de automóveis - Desistência - Devolução das cotas pagas após o encerramento do plano - Correção monetária - A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça está orientada no sentido de estender a correção monetária a todos os débitos, seja de que natureza forem, no que diz respeito àqueles resultantes de decisão judicial, com a edição da Lei n. 6.899/81. Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária não pode inibir o julgador de, adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação a que faz jus o jurisdicionado ' (Recurso não conhecido, in DJU de 24.6.91).

"A Súmula n. 35 do Superior Tribunal de Justiça, de outra parte, não deixa margem a qualquer dúvida: 'incide correção monetária sobre as prestações pagas,

quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante do plano de consórcio '.

"A cláusula citada, pois, em parte é vedada pelo artigo 115 do Código Civil, ante a realidade inflacionária em que vive o País.

"Neste sentido caminha a jurisprudência de nosso egrégio Tribunal de Justiça (vide Ap. Cível n. 44.083 da Comarca de Itajaí, rel. Des. ANSELMO CERELLO, DJSC n. 8.884 de 9.12.93, pág. 10, Ap. Cível n. 43.748 da comarca de Sombrio, rel. Des. AMARAL E SILVA, DJSC n. 8.860 de 4.11.93, pág. 9 e Ap. Cível n. 43.783 da comarca de Sombrio, rel. Des. CID PEDROSO, DJSC n. 8.860 de 4.11.93, pág. 9).

"Embora não pleiteada, observo que a taxa de administração que representa remuneração por serviços prestados pela Administradora, por imperativo legal, é deduzida da devolução. No mesmo sentido se revelam indevidos, o seguro devida, porque usufruído pelo autor no decorrer do plano e a taxa de adesão de vida ao vendedor do consórcio. Devido no entanto se me afigura o fundo de reserva no caso de existência de saldo para tanto, eis que finalizada a operação do grupo.

"Isto posto, à luz das provas carreadas e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado através da presente ação ordinária de cobrança ajuizada por WALDEIVO SOUZA CORTES, contra CONSÓRCIO NACIONAL GARIBALDI - ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS S/C LTDA., ambos já qualificados, para condenar a requerida a restituir ao autor as parcelas pagas ao consórcio, até o trigésimo dia após o término do plano, atualizadas monetariamente desde o seu pagamento e acrescidas dos juros de mora a contar do trigésimo dia citado.

"Condeno ainda a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor encontrado".

Acrescenta-se, por oportuno, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, datado de 10.5.94, que põe uma pá de cal sobre o assunto:

"Consórcio de automóveis. Devolução de prestações pagas, quando do encerramento do plano. Correção monetária. 1. De acordo com a Súmula 35/STJ, 'Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição,

em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio '. 2. É viável sentença condenatória a termo. Cód. de Pr. Civil, art. 572. 3. Juros de mora. São devidos, 'após a mora da Administradora, encerrando o plano e não devolvidas corretamente as prestações' (REsp- 7.326). Fluem os juros 'a partir do trigésimo dia do encerramento das atividades do grupo '. 4. Recurso especial conhecido e provido" (Recurso Especial n. 43.122-0/Santa Catarina, rei. Min. Nilson Naves).

Vê-se que, tendo sido dada correta solução à hipótese dos autos, nada há que se modificar; assim, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.
Florianópolis, 20 de setembro de 1994.

Nestor Silveira

PRESIDENTE COM VOTO

Nilton Macedo Machado

RELATOR

ANEXO 6.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
NÚMERO ACÓRDÃO : 46.404
COMARCA : Içara
DES. RELATOR : Carlos Prudêncio
ÓRGÃO JULGADOR : Primeira Câmara Civil
DATA DECISÃO : 20 de setembro de 1994
PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 46.404, de Içara.

Relator: Des. Carlos Prudêncio.

CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS COM CORREÇÃO MONETÁRIA. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 35 DO STJ. PROVA DO ENCERRAMENTO DO GRUPO CONSOR-CIAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ADMINISTRADORA PARA RESPONDER À DEMANDA. RECURSO IMPROVIDO.

A Súmula n. 35 do STJ consagrou o direito de incidência da correção monetária nas parcelas pagas por consorciado desistente ou excluído quando de sua restituição que deve ser após o trigésimo dia a partir da data do encerramento, momento em que há possibilidade de execução da sentença condenatória.

A administradora de consórcios que pelo seu regulamento recebe a atribuição de devolver as parcelas pagas pelo consorciado que desiste ou é excluído, é parte legítima para responder à demanda que trata de algum direito sobre esta devolução, no caso, a correção monetária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 46.404, da comarca de Içara, em que é apelante Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda., sendo apelado João José Fernandes:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao

recurso.

Custas legais.

João José Fernandes ingressou com ação de devolução contra Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. no Juízo de Direito da comarca de Içara, no dia 4.6.92, alegando que adquiriu junto à administradora ré a cota n. 43, do grupo CAMCC/7, para autofinanciamento de um caminhão "VM, tipo 13-130/1336, quitando um total de 11 prestações até 1987 quando se viu obrigado a desistir em razão da onerosidade excessiva das prestações, gerada pelas oscilações de preços que atingiram de maneira desigual seus rendimentos e os produtos de maneira geral.

Na data prevista para o encerramento do grupo, julho/91, pleiteou junto à ré a devolução dos valores corrigidos monetariamente o que lhe restou negado, importando em enriquecimento ilícito da ré a apropriação do equivalente à atualização porque o consorciado excluído e/ ou desistente é substituído e da mesma forma paga todas as prestações e os administradores são obrigados a manter os valores arrecadados em operações financeiras que garantam a atualização monetária.

Colacionou diversos julgados pátrios sustentadores da tese que defende e pediu a procedência da ação com a conseqüente devolução das parcelas quitadas pelo preço vigente na última assembléia do grupo, acrescida de correção monetária a partir de 30 dias a contar do encerramento ou pelo preço pago, atualizado monetariamente entre o dia do pagamento e o dia da efetiva restituição, com acréscimo e juros a partir de 30 dias contados da data do encerramento do grupo. Juntou documentos de fls. 11/14.

Citada, a ré contestou a ação, argüindo preliminarmente a ilegitimidade passiva ad causam visto que cabe ao grupo a devolução dos valores que lhe foram pagos.

No mérito, a contestante afirmou não ser o consórcio uma entidade organizada com fim especulativo, por isso não lhe cabe assumir obrigações como se fosse uma instituição financeira e, portanto, o pacto deve ser respeitado, respaldando-se o *princípio* do pacta sunt servanda. Atentou para o fato de que a devolução sem correção só pode ser realizada ao final das operações, ou seja, quando os

recursos coletados permitirem a aquisição e entrega do último bem, independentemente do contrato em hipóteses excepcionais previstas, devendo, então, o consorciado aguardar.

Pedi pela improcedência da ação, juntando os documentos de fls. 54/68.

Às fls. 89/91 o autor replicou.

Sentenciando, o MM. Juiz julgou procedente a ação, condenando a ré a restituir os valores pagos pelo autor devidamente atualizados entre o dia do pagamento e o da efetiva restituição a partir do 30o dia do encerramento do grupo.

Inconformada com a prestação jurisdicional, a ré insiste que a ação deve ser julgada improcedente porque a devolução das parcelas pagas só será efetuada na data do encerramento do grupo, tendo a sentença um caráter futurista. Invoca o conteúdo da contestação como razões de apelação pedindo a reforma do decisum.

Contra-arrazoado o recurso, o apelado repele-o demonstrando que, através da Portaria n. 190/89 foi estabelecido um prazo de 60 meses para os grupos de caminhões, e como contratou com a ré em 2.7.86, já há muito tempo se encerraram as operações relativas ao seu grupo consorcial.

Apesar de estar previsto na Portaria n. 330/87 que a devolução das quantias pagas pelo consorciado desistente ou excluído deve ser feita após 30 dias da última assembléia, passados quase 3 anos, ainda não se efetivou o que reforça o pleito da correção monetária.

Contado e tempestivamente preparado o recurso, os autos subiram a esta Superior Instância.

É o relatório.

A ação comporta pedido condenatório da ré à restituição de valores, devidamente atualizados, outrora pagos por consorciado desistente. No que concerne à atualização monetária das prestações, a questão não carece de maiores delongas, visto ser totalmente ilegal e abusiva a cláusula que a exclui, não ferindo a sua desconsideração o *princípio* do pacta sunt servanda, posto que a tutela jurisdicional deve e está a serviço dos cidadãos que são colocados em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé ou a equidade, não obstante

tratar-se de um contrato de adesão, respaldando-se, dessa forma, no teor do inciso IV, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, já que a correção do valor monetário outrora desembolsado não se constitui um plus que se acrescenta, mas mera recomposição de seu valor defasado pelo devastador processo inflacionário.

Por outro lado, a Súmula n. 35 do STJ já consolidou entendimento neste sentido, e que vem sedimentando a jurisprudência: "Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio".

A apelação redunda a afirmação da falta de interesse de agir do autor, entretanto, não prova que o grupo consorcial a que ele pertencia ainda não se encerrou, limitando-se a alegar apenas, ao passo que o apelado, através do contrato de adesão que prevê 50/60 meses de prazo para a duração do consórcio, deixa claro que já se exauriu o prazo há três anos, ou seja, julho de 1991. Ante a ausência de prova em contrário, cai por terra a razão da apelação.

Não obstante essa conclusão, não haveria impedimento à procedência da ação, posto que, declarada a nulidade da cláusula contratual leonina, a execução da condenação da restituição de valor atualizado ficaria condicionada à data prevista no contrato. O eminente Desembargador João José Ramos Schaefer, relator da Apelação Cível n. 44.682, da Capital bem esclarece, "[...] A circunstância de não encerradas as operações do grupo, não torna o autor carecedor de ação, nem impede decisão judicial sobre o direito à restituição, condicionada à execução da sentença, contudo (CPC, art. 572), à prova do decurso do prazo de 30 dias do encerramento do plano consorcial".

Porém, no presente caso, o autor já pode executá-la, já que transcorrido um prazo alargado de subsistência do seu direito, merecendo correção monetária a partir da data do pagamento que efetuou até o dia do efetivo recebimento e juros a partir da citação.

Quanto à arguição de ilegitimidade passiva ad causam, feita na contestação, pode-se dizer que é a administradora de consórcios que responde pelos atos dos consorciados ou prejuízos que possam causar em relação a terceiros e, pelo seu

Regulamento, aprovado pela Secretaria da Receita Federal, a que subordina os seus integrantes, lhe é atribuída a função de devolver as parcelas pagas por consorciados desistentes e/ou excluídos, nada mais lógico que responda judicialmente por qualquer dúvida surgida com respeito ao valor a ser restituído. Ora, o representante do grupo é a administradora.

Elias Mattar Assad, in Consórcios. Direitos do Desistente, vol. 2, Editora Ápice, 1991, sobre a responsabilidade civil dos grupos em sociedade, explica que "[...] Grupo é administrado pela administradora, de maneira irrestrita, sendo ela eleita pelo contrato de adesão como administradora do grupo e como mandatária de todos os seus integrantes. Eventuais erros ou prejuízos (evento danoso) somente poderiam ser praticados por quem administra ou representa uma sociedade. In casu a responsabilidade será da administradora que rege os destinos do grupo como sociedade. A entidade administradora do grupo não é sócia deste, simplesmente administra os interesses do grupo".

Isto posto, nega-se provimento ao recurso, confirmando-se in totum a sentença de Primeiro Grau.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João Martins.

Florianópolis, 20 de setembro de 1994.

Francisco Oliveira Filho

PRESIDENTE P/O ACÓRDÃO COM VOTO

Carlos Prudêncio

RELATOR

ANEXO 7.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 46.825
 COMARCA : Tubarão
 DES. RELATOR : Carlos Prudêncio
 ÓRGÃO JULGADOR : Primeira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 27 de setembro de 1994
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 46.825, de Tubarão.

Relator: Des. Carlos Prudêncio.

CONSÓRCIO DE VEÍCULOS. AÇÃO ORDINÁRIA CONDENATÓRIA. CONSÓRCIO JÁ ENCERRADO. SENTENÇA PROCEDENTE. ATUALIZAÇÃO DE ACORDO COM O VALOR DO BEM CONSORCIADO. INADMISSIBILIDADE. DEDUÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ADMINISTRADORA. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

É direito do consorciado desistente a correção monetária nas prestações quitadas, a qual deve basear-se nos índices de inflação e não no valor do bem.

A taxa de administração de 10%, imbutida nas prestações mensais deve ser deduzida do montante a ser devolvido.

A administradora de consórcios é legitimada para responder a ação, posto que é mandatária dos grupos de consórcios, com poderes irrestritos para representar seus interesses.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 46.825, da comarca de Tubarão, (1aVara), em que é apelante Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda., sendo apelado Ageu Titon Freitas:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas legais.

Ageu Titon Freitas ingressou com Ação Ordinária Condenatória contra Amauri - Administradora de Consórcio S/C Ltda., no Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Tubarão-SC, no dia 28.8.92, alegando que adquiriu junto à administradora-ré a cota n. 6, do grupo G 133, para autofinanciamento de um automóvel Santana CS, quitando 11 (onze) prestações, sendo a última em 16 de fevereiro de 1987, quando viu-se obrigado a desistir em razão da onerosidade excessiva das prestações, gerada pelas oscilações de preços que atingiram de maneira desigual seus rendimentos e os produtos de maneira geral; e quando procurou a requerida para reaver os valores pagos foi por ela informado que somente lhe seriam devolvidos quando do encerramento do grupo e sem qualquer atualização monetária e juros, consoante aduz o contrato entre as partes firmado. Por derradeiro, requereu a procedência da actio e a consequente devolução das parcelas pagas corrigidas monetariamente a partir do pagamento, incidindo juros moratórios a partir daquela data.

Juntou documentos de fls. 8/35.

Citada, a ré contestou a actio, argüindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva ad causam, visto que cabe ao grupo devolver os valores que lhe foram pagos.

No mérito, a contestante afirmou ser o consórcio uma entidade organizada com fim especulativo, por isso não lhe cabe assumir obrigações como se fosse uma instituição financeira e, portanto, o pacto deve ser respeitado, respaldando-se o *princípio* do pacta sunt servanda. Atentou para o fato de que a devolução sem correção monetária só pode ser realizada ao final das operações, ou seja, quando os recursos coletados permitirem a aquisição e entrega do último bem, independentemente do contrato em hipóteses excepcionais previstas, devendo, então, o consorciado aguardar.

Pedi pela improcedência da ação e juntou os documentos de fls. 55/126.

Às fls. 130/132 o autor replicou.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz julgou procedente a ação, condenando a ré a restituir os valores pagos pelo autor devidamente atualizados entre o dia do pagamento e o da efetiva restituição, a contar do 31º dia do encerramento do grupo.

Inconformada com a prestação jurisdicional, a ré insiste que a ação deve ser julgada improcedente porque a devolução das parcelas pagas só será efetuada na data do encerramento do grupo, tendo a sentença um caráter futurista. Invoca o conteúdo da contestação como razões de apelação, pedindo a reforma do decisum.

Contra-arrazoando o recurso, o apelado repele-o, demonstrando que o Meritíssimo Juiz de Direito julgou com acerto com base em entendimento pacífico deste egrégio Tribunal, acrescentando que o apelo tem cunho protelatório.

Contado e tempestivamente preparado o recurso, os autos subiram a esta Superior Instância.

É o relatório.

Admite-se a correção monetária das parcelas a serem devolvidas pelo consorciado desistente e esse entendimento já encontra-se sumulado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça que na Súmula 35 dispõe: "Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio".

Verifica-se que a apelação formula como preliminar a falta de interesse de agir do apelado, em virtude de ainda não haver se encerrado o grupo a que pertencia, sendo incabível a sentença com este caráter futurista.

Entretanto, não logrou provar essa assertiva vagamente lançada na apelação, ao passo que o apelado deixou registrado nos autos documentos dando conta que entrou no consórcio em 20.1.86, através do comprovante de quitação da primeira parcela, quitando as 10 seguintes, de onde pode se concluir que o grupo ao qual pertencia encerrou-se em março de 1990, dès que o plano tinha duração de 50 meses. Portanto, antes mesmo de o apelado ter ajuizado a presente ação de cobrança, razões estas que sepultam a alegação de falta de interesse de agir, já que o apelado ingressou com a ação em agosto de 1992, e que por si só o legitimam a liquidar de imediato sentença favorável.

Na verdade, a ação sub examine, apesar de condenatória, agasalha conteúdo declaratório, consubstanciado na necessidade de se ver declarada nula a cláusula que veda a correção monetária das prestações pagas pelos consorciados

desistentes ou excluídos e que, conseqüentemente, induzirá a condenação com a sua incidência.

É certo que o contrato de adesão autorizado pela nossa legislação civil não prevê o regateio das cláusulas entre as partes, mas em contrapartida nossa lei também veda o enriquecimento sem causa e obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, para o qual deverá se considerar nulo, nos termos do art. 51, incisos I e IV e art. 53, do Código de Defesa do Consumidor e art. 145 do Código Civil.

Sobre a ilegitimidade passiva ad causam constante na peça contestatória para qual remete o conteúdo da apelação, a douda sentença (fls. 134/150) muito bem a rechaçou, ressonando o entendimento jurisprudencial dominante de que legitima a responder a ações como a presente, onde não é demais consignar o seguinte trecho: "[...] tendo sido o contrato de adesão firmado com a administradora, estabelecida com a mesma, pois a cláusula excludente da incidência de atualização monetária e de juros quando da devolução aos consorciados desistentes ou excluídos, das quantias pelos mesmos pagas, obviamente, a ação que objetiva pronunciamento judicial a respeito de tal cláusula, com a conseqüente atualização monetária dos mesmos valores há que ser endereçada, não contra os grupos consorciais em si, mas contra as administradoras de consórcios".

Entretanto, apesar de incensurável a sentença nesta parte, merece alteração no tocante ao parâmetro de atualização do valor a ser devolvido, ou seja, a correção deve vir lançada de acordo com os índices oficiais de inflação que recompõem o poder liberatório da moeda. Esse é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça que inclusive consta nos autos em decisão juntada pelo apelado, proferida no Recurso Especial n. 7.326, RS, fls. 11/25, sendo que os juros devem incidir a partir do 31º dia do encerramento do grupo, quando se deu a mora da administradora, conforme estipulou o Meritíssimo Juiz aquo.

Da mesma forma deve restar aqui consignado que, do valor a ser restituído, deve ser deduzido o percentual de 10% referente à taxa de administração, dês que a nulidade apenas atinge a vedação da correção monetária, permanecendo hígidas as demais cláusulas do contrato e os demais dispositivos.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso de apelação para o fim de determinar que a correção monetária seja fixada com base nos índices oficiais de inflação, deduzindo o valor correspondente a 10% da taxa de administração.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João Martins e participou do mesmo, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli.

Florianópolis, 27 de setembro de 1994.

Francisco Oliveira Filho

PRESIDENTE P/O ACÓRDÃO

Carlos Prudêncio

RELATOR

ANEXO 8.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 47.669
 COMARCA : Capital
 DES. RELATOR : Amaral e Silva
 ÓRGÃO JULGADOR : Terceira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 7 de março de 1995
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 47.669, da Capital.

Relator: Des. Amaral e Silva.

CIVIL - CONSÓRCIO - INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - NULIDADE ABSOLUTA DE CLÁUSULA PENAL INSERIDA NO CONTRATO - INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE, MÁ-FÉ, OU INIQUÍDADE - LICITUDE DA CLÁUSULA QUE NÃO RESTRINGE OBRIGAÇÕES FUNDAMENTAIS E NEM SE MOSTRA EXCESSIVAMENTE ONEROSA - RECURSO PROVIDO.

Em consórcio de automóveis é lícita a estipulação que, à título de cláusula penal, prefixa perdas e danos causados ao grupo inversamente proporcional à participação do excluído ou desistente.

A pena convencional de 5 a 20% não ofende a legislação do consumidor e nem o Código Civil, não se demonstrando abusiva, exagerada ou iníqua.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 47.669, da comarca da Capital (6a Vara), em que é apelante Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda., sendo apelados Marcos Antonio Ferreira, Marcos Pablo Leon, Edio Moretti e Kenia Cristian Sotopietra:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória em torno de nulidade de cláusula contratual proposta contra consórcio, julgada procedente.

Alega a apelante, preliminarmente, carência, por não estar encerrado o grupo; no mérito que a circular 2.196/92, do BACEN, prefixa os danos, estabelecendo valores, incluídos no contrato, sendo lícita a respectiva cláusula.

Também em síntese, diz o recorrido que se trata de procrastinação, pois o direito, objeto da demanda, já foi sumulado no Superior Tribunal de Justiça.

II - VOTO

1 - O tema da carência está superado.

A Corte reiteradamente decide:

"CIVIL E PROCESSUAL - CONSÓRCIO DE VEÍCULOS - AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO ANTES DE ENCERRADO O PLANO - CARÊNCIA AFASTADA - NOVA ORIENTAÇÃO DA CORTE - INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 123 DO CÓDIGO CIVIL E 461 E 572 DO CÓDIGO DE PROCESSO - RECURSO PROVIDO - VOTO VENCIDO.

"Segundo nova orientação da jurisprudência, mesmo antes de encerrado o grupo, o consorciado desistente pode propor ação declaratória para interpretação de cláusula contratual relativa à exclusão da correção monetária e, inclusive, o reconhecimento do direito às parcelas pagas. É que, litigando com referência a direito a termo, não se cogita de carência por falta de interesse ou possibilidade jurídica".

No mesmo sentido as precedentes 43.698 e 43.256 de que fui relator; 42.300 relator des. Alcides Aguiar, 41.815 relator des. Francisco Oliveira Filho, também da Capital, e a apelação cível 39.670 de Blumenau relatado pelo des. Nestor Silveira.

2 - O mérito, data venia, é desfavorável aos apelados.

A apelante não contestou a obrigação de devolver as prestações corrigidas monetariamente (fls. 35) apenas se insurge contra a nulidade da cláusula penal, apontada como juridicamente impossível.

Pela cláusula 65 as partes pactuaram que, em caso de desistência ou exclusão, ao valor devolvido seria aplicado um redutor proporcional ao número de

prestações pagas.

Argumenta o apelante que se trata de cláusula penal com prefixação de danos.

Data venia, não vejo impossibilidade jurídica.

Silvio Rodrigues explica:

"No direito moderno, ao lado daquela função de reforço do contrato principal acima apontada, conservou a cláusula penal o papel de representar as perdas e danos preestabelecidas pelas partes e exigíveis em caso de inadimplemento.

"Encaradas essas duas funções da cláusula penal verifica-se, de pronto, que ela oferece uma dupla vantagem para o credor, pois não só aumenta as possibilidades de adimplemento do contrato, como facilita o recebimento da indenização em caso de descumprimento do negócio.

"Aumenta, como vimos, as probabilidades de execução, pois o devedor, decerto temeroso de ver agravada a prestação pelo acréscimo da multa convencional, naturalmente se empenhará em ser pontual.

"Facilita o recebimento da reparação, porque poupa ao credor o trabalho de provar judicialmente o montante de seu prejuízo, a fim de alcançar indenização".

Mais adiante:

"Havendo, entretanto, cláusula penal, fica o interessado dispensado não só de provar como até mesmo de alegar qualquer dano, pois a convenção que estipulou a multa parte do pressuposto de que o inadimplemento acarreta prejuízo, o qual pode ser coberto com a pena. Aliás, a fixação convencional de uma pena teve justamente por escopo suprimir qualquer debate sobre a matéria. De maneira que basta ao credor provar o inadimplemento do contendor, para que tenha direito à multa. A existência ou não de prejuízo é irrelevante. De resto, isto vem proclamado pela própria lei, visto que o art. 927, do Código Civil, dispõe em sua 1. parte:

"Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

"Por essa mesma razão não pode o devedor, em tese, eximir-se de cumprir a estipulação penal, a pretexto de ser ela excessiva (Código Civil, art. 927, 2. parte), pois, se a multa resultou de avença prévia, deve-se acreditá-la justa, visto que

decorreu da própria vontade das partes e foi fixada tendo em vista reparar o prejuízo eventualmente derivado do inadimplemento" (*Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 87 - 88).

Dispõe o parágrafo 2o do artigo 53 do Código do Consumidor:

"Parágrafo 2o - Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo".

Entre as chamadas cláusulas abusivas explicitadas no Código do Consumidor nada há relativamente a cláusula penal, de modo que se me afigura lícita a referida estipulação.

Como diz Alberto Amaral Júnior:

"Na lei brasileira, o *princípio* geral pelo qual se pode julgar a licitude das cláusulas contratuais não vem expressamente definido, podendo, no entanto, ser encontrado no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo este dispositivo, são nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade. O art. 51, parágrafo 1º, estabelece que se presume exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

"a) ofende os *princípios* fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

"b) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

"c) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso" ("*Comentários ao Código do Consumidor*", coordenador Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 194).

No caso, o próprio Código, no parágrafo 2o, do artigo 53, prevê a possibilidade da compensação das prestações com o prejuízo.

Os redutores de cinco a vinte por cento não se me afiguram, exagerados, abusivos, incompatíveis com a boa fé ou a equidade. Nesse sentido ver o artigo

920 do Código Civil.

Maria Helena Diniz explica:

"A cláusula penal tem, segundo Mosset Itarruspe, Trabucchi, Savigny, Wendt, Sjoegren, uma função compulsória, por constituir um meio de forçar o cumprimento do avençado, consistindo numa pena que visa punir uma conduta ilícita e assegurar o adimplemento da obrigação, já que constrange psicologicamente o devedor, ao seu pagamento. Teria unicamente por escopo reforçar ou garantir o cumprimento de uma obrigação, sendo apenas uma sanção ao seu inadimplemento ou atraso, sem levar em consideração o ressarcimento do dano. Outros, como Orozimbo Nonato, Orlando Gomes, Laurent, Marcadé, Colin e Capitant, De Page, Polacco e Puig Pena, salientam sua função indenizatória, isto é, de estimar previamente as perdas e danos, constituindo uma liquidação convencional e antecipada das perdas e danos resultantes do inadimplemento da avença (RT, 304:250).

"Todavia, a razão parece estar com os juristas que, como Hungueney, R. Limongi França, Washington de Barros Monteiro, Mazeaud e Mazeaud, Salvat, Barassi, Larenz e Colmo, sustentam a sua função ambivalente, por reunir a compulsória e a indenizatória, sendo concomitantemente reforço do vínculo obrigacional, por punir seu inadimplemento, e liquidação antecipada das perdas e danos (RT, 208:268). Oferece, pois, dupla vantagem ao credor, por aumentar a possibilidade de cumprimento do contrato e por facilitar o pagamento da indenização das perdas e danos em caso de inadimplemento, poupando o trabalho de provar judicialmente o montante do prejuízo e de alegar qualquer dano, pois, pelo Código Civil, art. 927, 1ª alínea, não será necessário que o credor alegue prejuízo para exigir a pena convencional. E o devedor não poderá eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva (CC, art. 927, 2ª alínea), pois que ela resulta de avença prévia, decorrente da vontade das partes, que a fixaram para reparar dano eventualmente oriundo de inadimplemento; deve-se, portanto, supô-la justa" (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2, p. 333).

1. Quanto à devolução logo após o encerramento, o prazo de 30 dias também não se me afigura iníquo, pois há necessidade de cálculos e ajustes, que não podem

ser imediatos. Acresce que a devolução será corrigida monetariamente.

3- Pelo exposto, dou provimento para julgar improcedente o pedido, invertido o ônus da sucumbência. Honorários de cem reais, em face da simplicidade da causa e dos atos do processo, cuja instrução foi meramente documental.

III - DECISÃO

Nos termos do voto do relator, deram provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 7 de março de 1995.

Wilson Guarany

PRESIDENTE COM VOTO

Amaral e Silva

RELATOR

ANEXO 9.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 97.001809-6
 COMARCA : Capital
 DES. RELATOR : Alcides Aguiar
 ÓRGÃO JULGADOR : Quarta Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 30 de abril de 1997
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 97.001809-6, da Capital.

Relator: Des. Alcides Aguiar.

RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO - TERMO DE ADESÃO A CLUBE
 DE AQUISIÇÃO SOLIDÁRIA AUTOFINANCIADA - DESISTÊNCIA PELOS
 AUTORES-ADERENTES FORMALIZADA APÓS O PAGAMENTO DAS
 PRIMEIRAS PRESTAÇÕES - PRETENDIDA CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA,
 POSTO QUE NÃO MAIS EXISTENTE O CONTRATO, POR ROMPIMENTO
 UNILATERAL, SUBSISTE A AÇÃO CUMULATIVA INDENIZATÓRIA.

Sociedade civil - Entidade denominada "Clube de Aquisição Solidária
 Autofinanciada" - Adquirente de Cotas do Plano objetivando adquirir moradia -
 Pagamento de sinal e promessa de satisfação do saldo em prestações mensais -
 Estatuto da entidade rotulando-a de sociedade civil e sem fins lucrativos - Alegada
 condição dos autores de sócios cotistas de sociedade civil - Descaracterização -
 Ausência da cooperação societária (affectio societatis) - Ato que consubstancia
 compra e venda - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Cláusula
 contratual prevendo restituição, em caso de desistência do associado, desde que
 o valor da venda da cota pela Diretoria Executiva, alcance 50% daquele pago a
 título de taxa de adesão e mensalidades - Quebra do equilíbrio contratual - Norma
 de ordem pública a invalidar cláusula de renúncia de direitos - Ausência ademais

de registro da incorporação na circunscrição imobiliária competente - Procedência da ação a fim de que o réu restitua as quantias recebidas - Apelo do vencido provido em parte para excluir da devolução a taxa de administração e prêmio de seguro.

Não há sociedade sem cooperação real e consciente, que é o *princípio* genético de sua constituição. Inexiste sociedade onde falta o seu elemento essencial, a *affectio societatis* ou a intenção de reunir esforços para a realização do fim comum. Tal sucede em face por exemplo ao condomínio ou outra sorte de comunhão, enquanto puro estado de co-titularidade de direitos, sem a união dos sócios e onde falta operatividade.

Nos contratos de construção, desde que possível o direito de executar o arrependimento, são nulas as cláusulas que subtraíam do contratante consumidor o reembolso da quantia já paga. Código de Defesa do Consumidor, art. 51.

Apelo parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 97.001809-6, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Clube de Aquisição Autofinanciada de Florianópolis, sendo apelados Agenor Trindade da Silva Filho e sua esposa Rosângela Abreu Trindade da Silva:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Agenor Trindade da Silva Filho e Rosângela Abreu Trindade da Silva aforaram, na comarca da Capital, ação ordinária de rescisão contratual cumulada com indenização contra o Clube de Aquisição Solidária Autofinanciada de Florianópolis, aduzindo, em síntese, que se associaram ao demandado objetivando a aquisição de um apartamento. A título de adesão pagaram a quantia de R\$2.397,00, assumindo o pagamento de 120 prestações de R\$246,00 em que consistia o plano.

Após o pagamento de 5 (cinco) prestações, alegando que as obras não foram iniciadas, consultaram o PROCON, tendo verificado inexistir na Prefeitura Municipal de Florianópolis qualquer pedido de habitabilidade ou alvará para a

construção do empreendimento. Alegaram os autores que, diante de tais fatos e da onerosidade excessiva dos juros e multas cobradas, uma vez que o plano a que aderiram só fazia menção ao valor da primeira prestação, sem fazer constar índice de reajuste ou multas, tiveram de se desligar da sociedade, assinando declaração de desistência. Afirmaram que, nove meses após a desistência, mesmo após tentativas de acordo via PROCON, o Clube não cumpriu o disposto no art. 10, parágrafo segundo, dos seus estatutos como prometido na declaração de fls. 36 dos autos. Questionaram também a validade do dispositivo retro-mencionado, em virtude da restituição das prestações pagas estarem vinculadas à venda da cota de participação e ser de apenas 50% dos valores pagos e não da sua integralidade. Procederam à Notificação Judicial dos demandados.

Requereram a rescisão contratual e a restituição dos valores pagos.

Contestando o feito, argüiu o demandado, em preliminar, a carência da ação, afirmando inexistir contrato a ser rescindido, vez que o clube tem por finalidade "congregar pessoas físicas e jurídicas interessadas na adoção de providências e desenvolvimento de esforços com a finalidade de propiciar a produção e aquisição de imóveis a serem destinados aos associados". Diz que a posição dos autores era de cotistas de uma sociedade civil e tendo se retirado da sociedade, nada há para rescindir, donde imprópria a ação, pois que apenas lhes resta o direito à devolução das parcelas pagas na forma assegurada pelo § 2º do art. 10 dos estatutos. Alegaram, no mérito, que as cláusulas do estatuto são válidas e que os pagamento foram realizados com atraso.

Manifestaram-se os autores sobre a contestação reafirmando o caráter contratual (comercial) da relação, e não de sociedade civil. Asseveraram ainda a abusividade das cláusulas que lhes subtraem a possibilidade de reembolso das quantias já pagas (art. 51, III CDC); que tornam excessivamente oneroso o contrato (art. 51, § 1º, II, CDC) e que deixam a fixação do termo inicial do cumprimento da obrigação a exclusivo critério de uma das partes (art. 39, IX, CDC).

Enfatizam por fim que no local até o momento não foram iniciadas as obras.

Sentenciando, o MM Juiz, considerando abusiva a cláusula 10ª, § 2º do contrato, frente ao Código de Defesa do Consumidor e ilegal o contrato diante da Lei n.

4.591/64, julgou procedente o pedido para decretar a rescisão do contrato firmado entre as partes, condenando a ré à devolução de todos os valores que recebeu, devidamente corrigidos.

Irresignado com a decisão, o réu interpôs recurso de apelação, nos exatos termos da contestação. Afirmar, em preliminar, a carência da ação, por serem os autores cotistas de uma sociedade civil, razão pela qual não haveria contrato a rescindir. Assevera que consta dos autos a data limite para a entrega das unidades fixada para até abril do ano 2001. Aduz também que a incorporação de que trata a Lei n. 4.591 não é exigível, pois que o edifício por ora pertence a um só proprietário, o "Clube"; somente concluído o Plano é que constituir-se-á o Condomínio e o conseqüente arquivamento no Cartório de Registro de Imóveis. Pondera, por fim, que o clube pertence aos associados e não tem fins lucrativos.

Foram apresentadas contra-razões.

Contados e preparados, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Trata-se de apelação cível interposta por Clube de Aquisição Solidária Autofinanciada de Florianópolis, nos autos da ação ordinária de rescisão contratual c/c indenização aforada por Agenor Trindade da Silva Filho e Rosângela Abreu Trindade da Silva.

Insurge-se o apelante contra a decisão de Primeiro Grau que julgou procedente pedido de rescisão do contrato firmado entre as partes, condenando-lhe à devolução de todos os valores que recebeu, devidamente corrigidos.

Insiste o recorrente em rotular-se como sociedade civil e não comercial, e, assim, não haveria na espécie contrato a rescindir, ainda porque os recorridos não mais pertencem ao quadro associativo do réu, dês que vieram a desistir do Plano. Os autores seriam cotistas de uma sociedade civil, mais se aproximando a uma sociedade cooperativa e não de compra e venda de imóvel. Invocam, a propósito, o artigo 5º dos estatutos da sociedade, que prescreve ser finalidade do Clube: "congregar pessoas físicas e jurídicas interessadas na adoção de providências e desenvolvimento de esforços com a finalidade de propiciar a produção e aquisição de imóveis a serem destinados aos associados".

Reitera assim a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, a impossibilidade jurídica e a falta de interesse processual dos autores, donde serem estes carecedores da ação intentada.

No mérito, assinala: não há ilegalidade na disposição contida no § 2º, do art. 10, dos Estatutos, não há negativa de devolução ao sócio egresso, mas apenas aguarda-se a oportunidade própria para fazê-lo; o valor da devolução não pode é ser inferior a 50% do valor pago pelo associado; não se aplica à espécie o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, como decidiu o Magistrado, por não conter o contrato prazo fixo de entrega da obra; pelo Termo de Abertura do Plano constam as datas limites para entrega das unidades, ou seja, a entrega, conforme o sorteio, nas épocas próprias, pode acontecer até abril/2001; logo não tem razão de ser a preocupação com o início das obras; o art. 10, § 2º, dos Estatutos do recorrente não é obrigação iníqua e nem coloca o consumidor em desvantagem; que não podem ser devolvidos os prêmios de seguro de vida dos associados, as taxas de administração nem a comissão do corretor do plano; tampouco existe incorporação de que trata a Lei n. 4.591/64 a registrar antecipadamente, pois só concluído o Plano é que se constituirá o Condomínio, oportunidade que será arquivada no Cartório de Registro de Imóveis; o Clube é de propriedade de todos os associados e sem fins lucrativos, e não poderá um associado deixar de cumprir suas obrigações pois estará prejudicando o demais.

Para a conceituada advogada Yára Müller Leite, in: *Das Sociedades Cívis*, Freitas Bastos, 2. ed., p. 9:

"As sociedades dividem-se em civis e comerciais, segundo o seu objeto, distinguindo-se a sociedade civil, em sentido amplo, da sociedade mercantil, porque esta é a organizada para o exercício do comércio, tendo um fim lucrativo e sendo regulada pelas leis comerciais.

"Genericamente, a sociedade civil compreende várias modalidades, podendo ter fins econômicos e fins ideais ou não econômicos (as sociedades religiosas, pias, morais, científicas, literárias e de utilidade pública)."

No escólio de Maria Helena Diniz, in: *Código Civil Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 30:

"Para se saber se dada sociedade é civil ou mercantil, basta considerar-se a natureza das operações habituais, se estas tiverem por objeto atos de comércio (Código Comercial, art. 19), a sociedade será comercial, caso contrário, civil, mesmo que adote firma comercial, como permite o art. 1.364 do Código Civil, exceto se for anônima, que, por força de lei, será sempre mercantil" (RT 434/122). No caso concreto, não se vislumbra a existência de sociedade inobstante assim vir afirmado nos Estatutos.

Noticiam os autos haver o Clube de Aquisição Solidária Autofinanciada de Florianópolis, nascido por iniciativa da empresa Almeida Pedroso Engenharia e Construções Ltda., dedicada à construção de edificações, que acabou contratada por aquele para tal fim (doc. de fls. 30). Tem por objetivo a sociedade congregar pessoas físicas e jurídicas interessadas na adoção de providenciais e desenvolvimento de esforços com a finalidade de propiciar a produção e aquisição de imóveis a serem destinados ao próprio associado; conceber, elaborar e administrar planos específicos para a consecução destes propósitos".

Contudo é relevante destacar que: "pelo contrato de sociedade segundo a definição do Código Civil, art. 1.363, as partes mutuamente se obrigam a cooperar, para um fim comum. O sinalagma vem então estabelecido na lei como elemento de definição da espécie contratual" [...] Assim, sinalagmático o contrato de sociedade, será necessariamente oneroso, sendo como tal classificado pela *communi opinio* dos doutores [...].

[...] "A consensualidade típica da sociedade está em que a prestação prometida pelos contratantes - cooperação - há de executar-se ordinariamente ao longo de um período pós-negocial. A cooperação societária pressupõe o contrato. É portanto, do ato contratual, independentemente da execução, que deriva a obrigação" (MORAIS, Walter. *Sociedade Civil Estrita*, ed. RT, 1987, p. 150 e segs.).

Ora, no caso em questão não está presente, de forma real, a cooperação entre os sócios essencial à existência da sociedade. É que "não há sociedade sem cooperação real", ou melhor "pode afirmar-se com toda segurança, que não haverá sociedade onde não houver uma ação cooperativa entre os sócios. E isto

vai segundo a opinião verdadeiramente geral, pois não se encontra escritor, jurídico ou ético, que tenha versado o assunto sociedade, sem incluir a cooperação entre os elementos que lhe integram a essência. Por isso um condomínio, por exemplo ou alguma outra sorte de comunhão, enquanto puro estado de co-titularidade de direitos, não pode confundir-se com sociedade, pois falta-lhe operatividade". Ou, como se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: "[...] na sociedade firmada encontramos a *affectio societatis* ou a intenção de reunir esforços para a realização do fim comum, a ativa união dos sócios para o resultado que procuraram obter. A idéia visceral de toda sociedade está na colaboração ativa, consciente e igualitária dos contratantes para a realização do lucro a partilhar" (In: MORAESM WALTER. *Sociedade Civil Estrita*. ed. RT, 1987, p. 352 - 353).

Enfim: "As sociedades e associações civis têm na vontade dos seus membros (*affectio societatis*) o *princípio* genético de sua constituição" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Sociedades, Associações e Fundações*. 2. ed., 1990, v. 1, p. 231).

Na espécie vertente, pelo teor das disposições constantes do Termo de Abertura do Plano e do Termo de Adesão ao Clube, não pertine vislumbrar-se qualquer ação cooperativa entre os associados hábil e dar-lhe o caráter de sociedade. Como Termo de Adesão ao Clube tornou-se o aderente titular de direitos, mas não associado, pois falta-lhe a essência, qual seja a união ativa ou a *affectio societatis*, pressuposto para a existência de toda e qualquer sociedade.

Não há negar, pois, que o Termo de Adesão ao Clube citado se constitui antes em verdadeiro contrato de aquisição de bem imóvel, donde ser passível de rescisão.

Ocorre que posteriormente os autores unilateralmente desistiram do Plano tal como se contem na Declaração de fls. 36, datada de 18.12.1995. Em se retirando do apontado Clube, não se cogita mais da existência de contrato passível de rescisão.

De qualquer sorte, porém, a petição inicial emerge viável juridicamente, posto que pleiteiam os autores ressarcirem-se do quantum desembolsado com fulcro no direito obrigacional e quando questionam a validade da cláusula 10ª, § 2º, dos

Estatutos do Clube.

Destarte, afasta-se a pretendida carência de ação.

Partindo-se do pressuposto que antes de configurar-se como adesão a uma sociedade, os autores a rigor emergem como adquirentes de bem imóvel, mostra-se incensurável o decisum quando sublinha que "além do mais está o requerido a infringir a Lei dos Condomínios e Incorporações, a qual impõe para estes tipos de empreendimentos uma série de deveres considerados elementares, dentre eles a proibição do oferecimento à venda e negociação de unidades autônomas sem ter antes arquivado no Cartório de Registro de Imóveis competente a documentação completa relativamente ao empreendimento, além dos demais requisitos do artigo 32 da referida Lei n. 4.591/94".

Neste sentido, o escólio de Maria Helena Diniz, in: *Sistema de Registro de Imóveis*", Saraiva, 1992, p. 77 e ss:

"No condomínio, havendo ou não incorporação, ter-se-á três registros: o da incorporação, o do condomínio e o da unidade.

"A incorporação imobiliária é instituto jurídico relacionado com a aglutinação de interesses visando à edificação de imóveis em regime condominial. Está esse contrato regulado pela Lei n. 4.591/64, com as alterações estabelecidas pela Lei n. 4.864/65. É um negócio jurídico que tem o intuito de promover e realizar a construção, para alienação, total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas. É um empreendimento que visa obter, pela venda antecipada dos apartamentos, o capital necessário para a construção do prédio. O incorporador compromete-se a construir o edifício e a entregar, a cada adquirente, a sua respectiva unidade, dentro de certo prazo e determinadas condições (Lei n. 4.591/64, art. 29).

"O contrato de incorporação imobiliária é o *titulus adquirendi* da propriedade do imóvel, que, para constituir um direito real oponível a terceiro, requer seu registro na circunscrição imobiliária competente.

[...]

"Percebe-se do exposto que o incorporador, além de planejar o empreendimento, deverá dar-lhe forma legal por meio do registro da incorporação na circunscrição

imobiliária competente."

Neste sentido, acórdão prolatado nos autos da apelação cível n. 49.252, da Capital:

"Ação ordinária de rescisão de contrato de promessa de compra e venda cumulada com perdas e danos. Nulidade. Ocorrência. Contrato celebrado sem o prévio registro de incorporação do edifício a ser construído no órgão competente.

[...]

"Nenhum incorporador, com efeito, poderá oferecer unidades autônomas sem ter, antes, arquivado no Cartório de Registro de Imóveis documentação completa, relativamente ao empreendimento que promove (PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: *Condomínio e Incorporações*. Forense Universitária, p. 261).

[...]

"A lei exige o prévio registro do empreendimento junto ao ofício de imóveis para vender ou prometer a venda as unidades autônomas e a apelante transacionou os imóveis sem ter feito o devido registro.

[...]

"O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJESP 130/75) apreciando caso semelhante, em que houve compromisso de compra e venda, mas que o contrato foi celebrado sem o prévio registro da incorporação do edifício a ser construído, decidiu que o contrato é nulo, não podendo produzir efeito, que não a eventual sanção pela prática da contravenção definida no art. 66 da Lei que dispõe sobre as incorporações imobiliárias" (Rei. Des. Wilson Guarany).

Ainda:

"Incorporação. Ausência de averbação no Registro de Imóveis. Incapacidade da Incorporadora para celebração de contratos. Nulidade. Art. 32 da Lei Federal n. 4.591, de 1964, c/c art. 82 o CC. Registro Posterior Irrelevante. Recurso Improvido" (Ap. Cível n. 43.395, de Balneário Camboriú).

Por seu turno, guarda aplicabilidade à espécie o Código de Defesa do Consumidor, por isso que o incorporador ressaí como fornecedor e o promitente comprador como consumidor, no contrato de incorporação imobiliária. Como bem elucida Cláudia Lima Marques, in (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*,

ed. RT, 1992, p.81): "Os contratos de construção, se presente um consumidor como contratante, também são regidos pelo CDC".

Dispõe o art. 51 do aludido Código:

"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

"II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

[...]

"IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé."

Nelson Néry Jr., comentando o tal dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária Universitária, 1991) preleciona:

"Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável a parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual, pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verificam nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus do contrato.

[...]

"Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o Juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os *princípios* da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

[...]

"Como as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, não se empresta validade à cláusula de renúncia ou disposição de direitos pelo

consumidor, pois isso enseja quebra do equilíbrio contratual."

Relativamente ao reembolso das quantias pagas, ensina o mesmo autor:

"Em vários dispositivos o Código confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas, total ou parcialmente, dependendo do caso. As cláusulas contratuais que subtraem do consumidor esse direito, são inválidas conforme estabelece a norma comentada. Quando, *exempli gratia*, o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto no art. 49, parágrafo único do CDC, tem o direito de ver-se reembolsado das quantias eventualmente pagas, imediatamente e monetariamente atualizadas, de acordo com os índices oficiais.

"A regra incide quando o direito de reembolso ou devolução das quantias pagas estiver assegurado pelo código. Veda-se a cláusula, também, por importar disposição de direitos (Art. 51, I, CDC)."

As cláusulas abusivas nascem, sobretudo, nos contratos padronizados e de adesão, que constituem a maioria dos contratos celebrados atualmente, onde a padronização é a regra. São abusivas aquelas estipulações que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações da parte mais forte, ou agravam as obrigações da parte mais fraca, trazendo como consequência grave desequilíbrio contratual, quebrando a equivalência entre prestação e contraprestação. São abusivas porque, não havendo prévia negociação ou negociação ineficaz, não se pode presumir a relação de equilíbrio entre as partes. É o que se verifica na cláusula 10ª, § 2º do termo de abertura do plano, que dispõe:

"Em caso de exclusão do associado, a Diretoria Executiva promoverá a venda das cotas de participação que este possua nos planos administrados pela Sociedade, restituindo-lhes os valores líquidos obtidos, após descontados todos os seus débitos e despesas com a venda. O valor da venda não poderá ser inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor pago pelo associado a título de taxa de adesão e mensalidades, devidamente corrigidos."

A cláusula é abusiva, colocando os aderentes em flagrante desvantagem, condicionando a devolução dos valores pagos à venda das cotas, impedindo, assim, o necessário e justo reembolso das quantias pagas.

Acresça-se o magistério, ainda, de Walter Moraes, p. 140, de que "a retirada de um sócio, não perde este sua parte."

Por último, bem afirma o Dr. Juiz de Direito: "Da simples leitura do termo de abertura do plano de fls. 25/29 vislumbra-se a imprecisão, não consta prazo de início muito menos de entrega da obra; e nem poderia ser de forma diferente, porque observa-se que o termo se vincula a um tal Clube de Aquisição Solidária, onde, parece, é enunciada uma espécie de consórcio. Sem dúvida que os autores, pretendendo a aquisição de um imóvel, certamente que se utilizando de suas minguadas economias pretendiam algo mais palpável".

Apenas merece reparo a decisão quando não autorizou a dedução das quantias pagas a título de taxa de administração e prêmio de seguro (fls. 25).

Por tais razões, dá-se provimento parcial ao recurso, tão-só para determinar a não restituição dos valores suso nominados, mantendo-se no mais a r. decisão apelada.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e participaram do mesmo, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 30 de abril de 1997.

João José Schaefer

PRESIDENTE P/ O ACÓRDÃO

Alcides Aguiar

RELATOR

ANEXO 10.

TIPO DE PROCESSO : Agravo de Instrumento
 NÚMERO ACÓRDÃO : 96.010692-8
 COMARCA : Guaramirim
 DES. RELATOR : Alcides Aguiar
 ÓRGÃO JULGADOR : Quarta Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 23 de outubro de 1997
 PUBLICADO NO DJESC :

Agravo de Instrumento nº 96.010692-8, de Guaramirim.

Relator: Desembargador Alcides Aguiar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO — CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA
 GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA — AÇÃO DE REVISÃO
 CONTRATUAL C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, CAUTELAR DE
 EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO —
 PEDIDO PARA: PERMANÊNCIA CONSIGO DOS BENS DADOS EM GARANTIA;
 PROIBIR A INSCRIÇÃO DO NOME DA DEVEDORA NOS ÓRGÃOS DE
 PROTEÇÃO AO CRÉDITO E VEDAR O PROTESTO DOS TÍTULOS RELATIVOS
 AO CONTRATO — TUTELA NEGADA — RECURSO PARCIALMENTE
 PROVIDO.

Estando a devedora inadimplente e discutindo judicialmente contrato de confissão
 de dívida garantido por alienação fiduciária, é conveniente que os bens a ele
 vinculados permaneçam na posse desta, como fiel depositária, até o deslinde da
 quaestio, desde que imprescindíveis à continuidade da sua atividade produtiva.

Em caso de inadimplência de contrato, já no seu próprio limiar ou no curso das
 primeiras prestações, sem a realização de depósito do débito para discussão, o
 protesto de títulos a ele vinculados não pode ser obstado, por isso que “o poder
 geral de cautela do Juiz não é ilimitado ao ponto de impedir o exercício de um

direito genericamente assegurado pela Constituição e especialmente previsto no ordenamento jurídico, possibilitando ao credor de título líquido, certo e exigível o ajuizamento da respectiva ação de execução" (STJ, REsp. 2.795, rel. Min. Cláudio Santos).

Por via de consequência, não chega a configurar constrangimento ou ameaça ao devedor a sua inscrição nos serviços de proteção ao crédito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 96.010692-8, da comarca de Guaramirim (Vara Única), em que é agravante Transportes e Representações Transfrios Ltda., sendo agravado Banco Itaú S/A:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Transportes e Representações Transfrios Ltda., interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra o despacho exarado pela MMA. Juíza de Direito de Guaramirim (Vara única), que, na ação de revisão contratual c/c pedido de antecipação de tutela, cautelar de exibição de documentos e anulação de negócio jurídico, que move contra o Banco Itaú S/A, indeferiu a tutela antecipada. Informa a empresa agravante que requereu a antecipação da tutela objetivando que não fossem apontados para protesto os títulos oriundos do contrato firmado com o agravado; a sua manutenção na posse dos bens dados em garantia e a abstenção daquele de inscrever o nome da empresa devedora nos órgãos de proteção ao crédito.

Aduz que o pedido de tutela tem por fim a economia processual e a celeridade da justiça, evitando que tenha de ajuizar ações de manutenção de posse, sustação de protesto e outra de revisão contratual, cumulação possibilitada pelo § 2º, do artigo 292 do Código Buzaid; acrescenta que baseou seu pedido no artigo 273, inc. I, do CPC, demonstrando o fundado receio de dano de difícil reparação, no caso dos veículos serem apreendidos e protestados os títulos.

Alega que já foi notificado extrajudicialmente pelo agravado, deixando clara a intenção de posterior busca e apreensão dos caminhões dados em garantia ao contrato de dívida garantida por alienação fiduciária, o que poderá custar a

sobrevivência da empresa, pois estes são vitais ao exercício de suas atividades, vez que atua no ramo de transporte de cargas e serviços auxiliares do comércio de mercadorias perecíveis.

Sustenta que o objetivo da ação proposta é a revisão do contrato firmado para renegociar dívidas anteriores que não estavam garantidas por alienação fiduciária, renegociação que onerou por demais a agravante através da prática da usura disfarçada sob o manto de penalidades e indexações financeiras.

Reporta-se ao artigo 51, incisos IV e X, do Código de Defesa do Consumidor, que veda expressamente o estabelecimento de obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor de serviços em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa fé ou equidade, permitindo ao fornecedor a variação do preço de maneira unilateral.

Por fim, afirma estar derogado o Decreto-Lei n. 911/69, que trata da alienação fiduciária, pela Carta Constitucional promulgada em 1988, principalmente pelo que consta no seu artigo 5º, incisos LIV e LV.

Juntou os documentos de fls. 17 usque 118.

Solicitadas informações à ilustre Magistrada, esta apresentou relato resumido dos fatos, restringindo-se a juntar cópia do despacho objurgado.

Concedido parcial efeito suspensivo ao recurso, respondeu o agravado, aduzindo que o indeferimento da liminar na ação principal está em consonância com o ato jurídico perfeito e o *princípio* da obrigatoriedade dos contratos, além de distinguir perfeitamente os institutos que regem o procedimento cautelar e o da antecipação da tutela; estão ausentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, bem como a prova segura do alegado; não ficou provado ser o veículo alienado o único de que dispõe a devedora. Por fim, requereu, caso permaneça o bem com a agravada, a prestação de caução real; contratação de seguro total e que os valores depositados correspondam aos informados pelo credor.

É o relatório.

Busca a agravante a concessão da tutela negada pela Magistrada a quo na ação revisional de contrato c/c pedido de antecipação de tutela, cautelar de exibição de documentos e anulação de negócio jurídico, que move contra o agravado, para

permanecer na posse dos bens alienados fiduciariamente; proibir o protesto dos títulos vinculados ao contrato e sua inscrição nos órgãos de proteção ao crédito.

O pedido merece guarida apenas em parte.

Em *princípio*, pendendo demanda sobre existência ou não de débito, deve ser resguardado o nome da empresa devedora, por isso que, achando-se sub judice a dívida, não se justifica que, em razão da relação contratual em exame, sofra o devedor o constrangimento ou prejuízos com sua inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, quando é taxativo o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça” (In: AC n. 47.089 — Des. Francisco Oliveira Filho).

Este Tribunal, inclusive já assim teve oportunidade de se posicionar:

“Não se justifica que o agravado, enquanto é discutido na ação consignatória o seu direito, sofra o constrangimento ou prejuízos advindos de sua inscrição nos órgãos de proteção ao crédito. Aliás, o art. 42, do Código de Defesa do Consumidor, assim estabelece: ‘Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça’” (In: AI n. 96.009039-8, rei. o subscritor, j. 6.3.97).

Anote-se a propósito a conclusão a que chegou o Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul — CETARGS:

“Não ofende direito do credor liminar obstativa da inscrição do nome do devedor em banco de dados de consumo, assim como impeditiva de que o credor comunique a terceiros registro de inadimplência que haja procedido em seu cadastro interno, durante a pendência de processos que tenham por objeto a definição da existência do débito ou seu montante” (11ª conclusão).

Sucedendo que tanto quanto ressaí dos autos, a apelante revelou-se inadimplente já no limiar do contrato — parcelas 5 e 6 — e não se dispôs a efetuar a consignação do débito que entende devido para discussão.

Tais circunstâncias não podem impedir o protesto do título, comprobatório da mora e que exsurge a priori como um direito genericamente assegurado pela Constituição, de forma a ensejar ao credor o exercício da ação de execução (STJ

— REsp. N. 2.795 — rel. Min. Cláudio Santos).

Por via de conseqüência, e nas circunstâncias citadas, o registro da devedora nos órgãos de proteção ao crédito, revela-se consentâneo, não chegando a se caracterizar como constrangimento ou ameaça de que cuida o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, não se está na hipótese perante tutela cautelar com depósito de valores, onde a mora poderia estar eventualmente suspensa e como consectário o protesto.

Com relação à permanência da devedora como fiel depositaria dos bens dados em garantia ao contrato de renegociação de dívida, — dois caminhões —, o pedido é pertinente, desde que revela-se imprescindíveis à continuidade da atividade da empresa, que atua no setor de transportes, podendo a retirada do maquinário acarretar prejuízos a credores e empregados.

Relacionada com a matéria em exame merece destaque o seguinte aresto da lavra do eminente Des. Xavier Vieira, no MS n. 4.987, verbis:

"O ponto nuclear da quaestio juris em pauta está na busca e apreensão de bens da empresa interponente, o que poderia causar prejuízos irreparáveis à mesma, porque constam da linha de produção dela, não fosse a concessão da segurança - in limine -, como ocorreu.

"Indubitável que a retirada dos ditos bens (ou parte deles) do parque fabril da requerente da ordem implicaria na interrupção das atividades industriais e a paralisação do processo produtivo causaria, sem dúvida, também, sérios problemas sociais, pois, muitos trabalhadores, sem a ocupação laboral normal, ficariam impossibilitados de receber seus pagamentos e de sustentar suas famílias, sem contar que o poder público deixaria de contar com os valores referentes aos tributos que seriam gerados pelo funcionamento normal da empresa postulante da segurança.

"Outra coisa não fizemos senão seguir a orientação jurisprudencial traçada por nosso egrégio Tribunal de Justiça, quando do deslinde dado pela colenda Terceira Câmara Civil, oportunidade do julgamento do agravo de instrumento n. 4.652 - relator o eminente Des. Norberto Ungaretti - com v. acórdão assinado em 14.2.89.

O posicionamento, então adotado, prossegue absolutamente válido, porque não mudada a orientação dessa egrégia Casa de Justiça, a respeito, até porque o punctus saliens da quaestio em causa está na impossibilidade da retirada de máquinas ou instrumentos de trabalho da empresa, mesmo alienados fiduciariamente, quando essenciais à continuidade do funcionamento normal, até porque a paralisação de atividades causa prejuízos à fábrica, aos empregados e à própria sociedade, com claro risco de falência."

No colendo Superior Tribunal de Justiça outro não é o posicionamento:

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Máquinas que são imprescindíveis para a continuidade da atividade industrial da empresa devedora - Bens que permanecerão na posse daquela enquanto tramita o processo, até o momento da efetivação da venda.

"Ementa oficial: As máquinas indispensáveis à atividade industrial da empresa devedora, apreendidas em ação de busca, podem permanecer na posse da ré enquanto tramita o processo, até o momento da efetivação da venda.

"Inexistência dos pressupostos para a concessão de mandado de segurança.

"Recurso improvido (RMS n. 5.038-6 - PR - 4ª T. - j. 13.2.95 - Rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 27.3.95)."

Por fim, o pedido contido na resposta do agravado já se insere no despacho concessivo do efeito suspensivo, quando restou determinado a contratação de seguro total para os bens dados em garantia ao contrato em discussão.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, impondo-se de imediato a contratação de seguro total do bem como já explicitado.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Desembargador Alcides Aguiar, e participaram do mesmo, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 23 de outubro de 1997.

João José Schaefer

PRESIDENTE P/ O ACÓRDÃO

Alcides Aguiar

RELATOR

ANEXO 11.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 97.010788-9
 COMARCA : São José
 DES. RELATOR : Eder Graf
 ÓRGÃO JULGADOR : Terceira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 04 de novembro de 1997
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível nº 97.010788-9, de São José.

Relator: Des. Eder Graf.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA — AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO — INADIMPLEMENTO — NOTIFICAÇÃO DA MORA — PROCEDÊNCIA.

Demonstrado o inadimplemento e comprovada a mora do devedor alienante, mediante carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, inarredável a procedência da ação de busca e apreensão, cujo único escopo é a consolidação da propriedade e posse plena e exclusiva do bem em mãos do proprietário fiduciário.

A discussão a respeito das cláusulas contratuais relativas aos juros, à multa e aos índices de correção monetária adotados não tem cabimento no âmbito estreito da ação de busca e apreensão.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA — ART. 3º, PARS. 1º E 2º, DO DEC.-LEI 911/69 — LIMITAÇÃO DO PRAZO E DA MATÉRIA DE DEFESA — AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O Decreto-lei n. 911/69, em seu art. 3º e parágrafos, ao prever o procedimento específico para a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, não viola o *princípio* constitucional do due process of law, no qual estão inseridos os *princípios* do contraditório e da ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 97.010788-9, da comarca de São José (2ª Vara), em que é apelante Beatriz Fontoura Hinkelmann, sendo apelado ABN — Amro Bank S/A:

A C O R D A M, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

ABN Amro Bank S/A ajuizou ação de busca e apreensão contra Beatriz Fontoura Hinkelmann, alegando ter firmado com a ré, em 05.12.96, contrato de abertura de crédito com alienação fiduciária, no valor de R\$ 2.145,60, para a aquisição de um veículo pela demandada. Afirmou que o financiamento deveria ser pago em 12 prestações fixas, ficando avençado que a primeira parcela venceria em 05.01.97, e a última em 05.12.97. Ocorre que, a partir de 05.03.97, a ré interrompeu o pagamento das parcelas vencidas, apesar das reiteradas tentativas promovidas por seus prepostos em obter seu adimplemento.

Deferida a liminar e apreendido o bem, contestou a ré, sustentando, em preliminar, violação ao *princípio* constitucional da ampla defesa, eis que o insculpido no art. 3º, § 2º, do DL nº 911/69, restringe o exercício de tal garantia constitucional.

No mérito, alegou ter assinado o contrato em branco, o qual foi posteriormente feito pelo autor, sem sua presença. Asseverou que a alta taxa de juros, aplicada unilateralmente ao contrato, inviabilizou o pagamento das prestações vencidas. Enfatizou que o art. 51, IV, do CODECON, declara nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas abusivas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, o que é incompatível com os *princípios* da boa-fé e da equidade.

Disse que o contrato celebrado é de adesão, não estando presentes os requisitos previstos do art. 52, da Lei nº 8.078/90, sendo que as cláusulas do pacto devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, ex vi do art. 47, da referida Lei. Requereu, por fim, a purgação da mora.

Impugnou-se a contestação.

Julgou-se procedente o pedido inicial.

Irresignada, apelou a vencida, buscando a reforma da decisão hostilizada,

sustentando a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º, do DL nº 911/69, porquanto afronta o *princípio* constitucional da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da CF/88, ao limitar o prazo para contestar a ação e ao restringir o âmbito da matéria a ser alegada em resposta.

Contra-arrazado o recurso e comprovado o preparo, vieram os autos.

É o relatório.

A apelação questiona o prazo exíguo de três dias para a contestação e alega prejuízo para o amplo direito de defesa constitucionalmente assegurado.

Ocorre que os Tribunais Superiores já consideraram constitucional o Decreto-lei nº 911/69 e até mesmo a prisão civil, como se vê nestes precedentes:

“RECURSO ESPECIAL. PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI 911/69. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRECEDENTE DO STF.

“Legítima é a prisão civil do devedor-fiduciante que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro, pois conforme precedente do STF, o Decreto-lei 911/69 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente.

“Recurso especial conhecido e provido” (STJ — REsp n. 113.402-DF, rel. Min. José Arnaldo, DJU nº 98, de 26/05/97, pág. 22.559).

Ou então:

“RECURSO DE HABEAS CORPUS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. OFENSA À CF/88: ARTIGO 5º, LXVII. INEXISTÊNCIA. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DO STF.

“Com a edição do Decreto-lei 911/69, o Supremo firmou entendimento no sentido de atribuir ao devedor, na alienação fiduciária, a qualidade de depositário infiel com todas as responsabilidades e encargos da lei, inclusive a prisão civil. Esta jurisprudência foi mantida — pela voz majoritária do STF — após o advento da Carta de 88. Não há afronta ao artigo 5º, LXVII da Constituição.

“Recurso improvido” (STF — RHC n. 72.119-2/SP, rel. Min. Francisco Resek, DJU nº 69, de 11/04/97, pág. 12.218).

Ou ainda:

“PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. LEGITIMIDADE. ART. 5º, INC. LXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA.

“O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 73.131 (plenário, 23.11.95), decidiu ser legítima a prisão civil do devedor fiduciante que não cumpriu o mandado judicial para entregar coisa ou seu equivalente em dinheiro, tendo em vista que houve recepção do Decreto-Lei nº 911/69 pela Carta Política atual” (STF — HC n. 74798-1/MG, rei. Min. limar Galvão, DJU nº 69, de 11/04/97, pág. 12.191).

Ou finalmente:

“DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E PENAL.

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEPOSITÁRIO INFIEL: PRISÃO CIVIL. ‘HABEAS CORPUS’.

“1. No julgamento do ‘H.C.’ 72.131, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o Decreto-Lei nº 911/69 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, inclusive no ponto em que admite prisão civil do alienante fiduciante, quando se torne depositário infiel, como ali previsto.

“2. Prisão cominada e, depois, decretada.

“3. Constrangimento ilegal não caracterizado.

“4. ‘Habeas Corpus’ indeferido” (STF — HC n. 74.857-9/SP, rel. Min. Sydney Sanches, DJU nº 69, de 11/04/97, pág. 12.192).

Ora, para invocar tal matéria a apelante apresentou sua contestação fora do prazo, como afirmou o Togado e é palpável *ictu oculi*.

Com relação à limitação da matéria de defesa, a jurisprudência já evoluiu.

O Supremo Tribunal Federal já fixou:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Recurso extraordinário de que não se conhece, por não se configurar a alegada incompatibilidade entre o disposto nos itens XXXVII e LV do art. 5º da Constituição e o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei n. 911/69” (RE n. 141320-4/RS, rel. Min. Octávio Gallotti, DJU n. 40, de 28.2.97, pág. 4071).

Neste Sodalício também se decidiu:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA — ART. 3º, PAR. 2º, DO DEC.-LEI 911/69 —

LIMITAÇÃO DA MATÉRIA DE DEFESA — AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

“O Decreto-Lei n. 911/69, em seu art. 3º e parágrafos, ao prever o procedimento específico para a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, não viola o *princípio* constitucional do *due process of law*, no qual estão inseridos os *princípios* do contraditório e da ampla defesa” (Ap. civ. nº 97.003919-0, da Capital, julgada em 05/08/97).

Ou mais:

“A constitucionalidade é sempre presumida, na dúvida, prevalece.

“Lei editada pelo Regime Militar é constitucional desde que não afronte qualquer dispositivo da Carta vigente.

“O Dec.-lei nº 911/69 não é inconstitucional nem vulnera o *princípio* da igualdade de todos perante a lei” (JC — 70/299).

É evidente que a limitação quanto à matéria de defesa, estabelecida no art. 3º, par. 2º, do Dec.-Lei n. 911/69, não impede a Justiça de verificar eventual nulidade do contrato, ou mesmo possíveis desvirtuamentos da finalidade do instituto da alienação fiduciária.

A propósito:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONTESTAÇÃO. MATÉRIA.

“A limitação quanto à matéria da contestação na busca e apreensão de veículos dados em alienação fiduciária, não pode impedir a Justiça de deferir provas para apuração de possíveis desvirtuamentos da finalidade do instituto” (STJ — REsp n. 10.970/RJ, rel. Min. Cláudio Santos, DJU n. 184, de 23.9.91, pág. 13.083).

Mas isto não ocorreu in casu e, com a intempestividade da contestação, toda a matéria de fato restou obliterada.

Ademais, a questão dos encargos financeiros acrescidos fica à margem da natureza desta ação, que apenas postulou a busca e apreensão do bem e a consolidação da propriedade e posse plena e exclusiva do veículo nas mãos do proprietário fiduciário.

Foi o que a sentença acolheu.

Obviamente, a tempo e modo, poderá a apelante discutir estas questões financeiras, se lhe convier.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Eder Graf e participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 04 de novembro de 1997.

Wilson Guarany

PRESIDENTE P/ O ACÓRDÃO

Eder Graf

RELATOR

ANEXO 12.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 97.010845-1
 COMARCA : Sombrio
 DES. RELATOR : Silveira Lenzi
 ÓRGÃO JULGADOR : Terceira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 04 de novembro de 1997
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 97.010845-1, de Sombrio.

Relator: Des. Silveira Lenzi.

APELAÇÃO CÍVEL. CONSÓRCIO. CIRCULAR DO BACEN. REDUTOR.
 PREFIXAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AO GRUPO COM A RETIRADA
 DO CONSORCIADO. ADMISSIBILIDADE. CLÁUSULA QUE NÃO OFENDE O
 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 97.010845-1, da
 comarca de Sombrio (Vara Única), em que é apelante Fiat Administradora de
 Consórcios Ltda., sendo apelado Paulino Pereira da Rosa:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao
 recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de conhecimento, aforada por Paulino Pereira da Rosa, em que
 figura como demandada Fiat Administradora de Consórcio Ltda., julgada
 parcialmente procedente pela sentença de fls. 33/36.

Irresignada, apelou a requerida, alegando que a Circular n. 002196, de 01.03.91,
 do BACEN, que regulamenta os contratos de consórcios, prevê que, na devolução
 dos valores pagos pelo consorciado desistente, haverá a aplicação de percentual

de redução (art. 65, III); que é inaplicável a Súmula n. 35, do STJ; que deve ser respeitado o *princípio* da autonomia da vontade e da força vinculante do contrato; que o apelado ingressou no plano consorciado quando do advento do Plano Real, período em que a economia se encontrava estabilizada e, se manifestou sua intenção de desistir do mesmo, o fez por livre e espontânea vontade.

O apelado ofereceu contra-razões, pugnando pela manutenção do decisum.

Regularmente preparado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

É o relatório.

A apelante, por ocasião da devolução da quantia paga pelo ora apelado, consorciado desistente, fez incidir sobre o valor apurado um redutor proporcional ao número de prestações quitadas, respaldado no que dispõe a cláusula 53, do contrato firmado pelas partes, que reproduz o art. 65, inciso III, da Circular n. 2.196, de 30.06.92, do Banco Central – BACEN.

O inciso III, do referido art. 65, foi alterado pela Circular n. 2.255, de 09.12.92, passando a ter a seguinte redação:

“Ao valor apurado será aplicado um percentual de redução, referente a prefixação dos danos causados ao grupo, inversamente proporcional a participação do excluído ou desistente, cujo produto será creditado ao grupo, [...]”. (grifei).

A matéria já foi apreciada por esta Câmara, em acórdão da lavra do Des. Amaral e Silva:

“CIVIL – CONSÓRCIO – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – NULIDADE ABSOLUTA DE CLÁUSULA PENAL INSERIDA NO CONTRATO – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE, MÁ-FÉ, OU INIQUÍDADE – LICITUDE DA CLÁUSULA QUE NÃO RESTRINGE OBRIGAÇÕES FUNDAMENTAIS E NEM SE MOSTRA EXCESSIVAMENTE ONEROSA – RECURSO PROVIDO.

Em consórcio de automóveis é lícita a estipulação que, a título de cláusula penal, prefixa perdas e danos causados ao grupo inversamente proporcional à participação do excluído ou desistente.

A pena convencional de 5 a 20% não ofende a legislação do consumidor e nem o Código Civil, não se demonstrando abusiva, exagerada ou iníqua.” (Ap. Cív. n.

47.669, da Capital, julgada em 07.03.95).

Colhe-se do paradigma:

“Pela cláusula 65 as partes pactuaram que, em caso de desistência ou exclusão, ao valor devolvido seria aplicado um redutor proporcional ao número de prestações pagas.

[...]

Data venia, não vejo impossibilidade jurídica.

Sílvio Rodrigues explica:

‘No direito moderno, ao lado daquela função de reforço do contrato principal acima apontada, conservou a cláusula penal o papel de representar as perdas e danos preestabelecidas pelas partes e exigíveis em caso de inadimplemento.

‘Encaradas essas duas funções da cláusula penal verifica-se, de pronto, que ela oferece uma dupla vantagem para o credor, pois não só aumenta as possibilidades de adimplemento do contrato, como facilita o recebimento da indenização em caso de descumprimento do negócio.

‘Aumenta, como vimos, as probabilidades de execução, pois o devedor, decerto temeroso de ver agravada a prestação pelo acréscimo da multa convencional, naturalmente se empenhará em ser pontual.

‘Facilita o recebimento da reparação, porque poupa ao credor o trabalho de provar judicialmente o montante de seu prejuízo, a fim de alcançar indenização.”

Mais adiante:

‘Havendo, entretanto, cláusula penal, fica o interessado dispensado não só de provar como até mesmo de alegar qualquer dano, pois a convenção que estipulou a multa parte do pressuposto de que o inadimplemento acarreta prejuízo, o qual pode ser coberto com a pena. Aliás, a fixação convencional de uma pena teve justamente por escopo suprimir qualquer debate sobre a matéria. De maneira que basta ao credor provar o inadimplemento do contendor, para que tenha direito à multa. A existência ou não de prejuízo é irrelevante. De resto, isto vem proclamado pela própria lei, visto que o art. 927, do Código Civil, dispõe em sua 1ª parte:

‘Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue

prejuízo.

‘Por essa mesma razão não pode o devedor, em tese, eximir-se de cumprir a estipulação penal, a pretexto de ser ela excessiva (Código Civil, art. 927, 2ª parte), pois, se a multa resultou de avença prévia, deve-se acreditá-la justa, visto que decorreu da própria vontade das partes e foi fixada tendo em vista reparar o prejuízo eventualmente derivado do inadimplemento’ (*Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1976, p. 87 - 88).

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 53 do Código do Consumidor:

‘Parágrafo 2º – Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.’

Entre as chamadas cláusulas abusivas explicitadas no Código do Consumidor nada há relativamente a cláusula penal, de modo que se me afigura lícita a referida estipulação.

Como diz Alberto Amaral Júnior:

‘Na lei brasileira, o *princípio* geral pelo qual se pode julgar a licitude das cláusulas contratuais não vem expressamente definido, podendo, no entanto, ser encontrado no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo este dispositivo, são nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade. O art. 51, parágrafo 1º, estabelece que se presume exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- ‘a) ofende os *princípios* fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- ‘b) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- ‘c) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.’ (OLIVEIRA, Juarez de. (Coord.). *Comentários ao Código do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 194).

No caso, o próprio Código, no parágrafo 2º, do artigo 53, prevê a possibilidade da

compensação das prestações com o prejuízo.

Os redutores de cinco a vinte por cento não se me afiguram exagerados, abusivos, incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade. Nesse sentido ver o artigo 920 do Código Civil.

Maria Helena Diniz explica:

'A cláusula penal tem, segundo Mosset Itarruspe, Trabucchi, Savigny, Wendt, Sjoegren, uma função compulsória, por constituir um meio de forçar o cumprimento do avençado, consistindo numa pena que visa punir uma conduta ilícita e assegurar o adimplemento da obrigação, já que constrange psicologicamente o devedor, ao seu pagamento. Teria unicamente por escopo reforçar ou garantir o cumprimento de uma obrigação, sendo apenas uma sanção ao seu inadimplemento ou atraso, sem levar em consideração o ressarcimento do dano. Outros, como Orozimbo Nonato, Orlando Gomes, Laurent, Marcadé, Colin e Capitant, De Page, Polacco e Puig Pena, salientam sua função indenizatória, isto é, de estimar previamente as perdas e danos, constituindo uma liquidação convencional a antecipada das perdas e danos resultantes do inadimplemento da avença (RT, 304:250).

'Todavia, a razão parece estar com os juristas que, como Hunguency, R. Limongi França, Washington de Barros Monteiro, Mazeaud, Salvat, Barassi, Larenz e Colmo, sustentam a sua função ambivalente, por reunir a compulsória e a indenizatória, sendo concomitantemente reforço do vínculo obrigacional, por punir seu inadimplemento, e liquidação antecipada das perdas e danos (RT, 208:268). Oferece, pois, dupla vantagem ao credor, por aumentar a possibilidade de cumprimento do contrato e por facilitar o pagamento da indenização das perdas e danos em caso de inadimplemento, poupando o trabalho de provar judicialmente o montante do prejuízo e de alegar qualquer dano, pois, pelo Código Civil, art. 927, 1ª alínea, não será necessário que o credor alegue prejuízo para exigir a pena convencional. E o devedor não poderá eximir-se de cumprí-la, a pretexto de ser excessiva (CC, art. 927, 2ª alínea), pois que ela resulta de avença prévia, decorrente da vontade das partes, que a fixaram para reparar eventualmente oriundo de inadimplemento; deve-se, portanto, supô-la justa' (*Curso de Direito*

Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2, p. 333).”

Diante do o exposto, dá-se provimento ao recurso, para considerar válido e eficaz o disposto no inciso III, da cláusula 53, do contrato de adesão n. 210487, firmado entre as partes, o qual prefixa as perdas e danos causados ao grupo consorciado pelo consorciado desistente ou excluído.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Wilson Guarany e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 04 de novembro de 1997.

Eder Graf

Presidente para o acórdão

Silveira Lenzi

Relator

ANEXO 13.

TIPO DE PROCESSO : Agravo de instrumento
 NÚMERO ACÓRDÃO : 97.010428-6
 COMARCA : Capital
 DES. RELATOR : Newton Trisotto
 ÓRGÃO JULGADOR : Primeira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 17 de fevereiro de 1998
 PUBLICADO NO DJESC :

Agravo de instrumento n. 97.010428-6, da Capital.

Relator: Desembargador Newton Trisotto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL
 PARA TRATAMENTO DE ASSOCIADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIAMENTO
 - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - PRESSUPOSTOS DEMONSTRADOS -
 RECURSO DESPROVIDO

Prevedo o contrato do plano de saúde a possibilidade do usuário valer-se de serviços de médicos e hospitalares de profissionais e clínicas não cooperados e conveniadas, mediante expressa autorização, não pode esta ser negada salvo se inadimplente o contratado.

Na hipótese, justifica-se a antecipação da tutela para compelir a cooperativa a emitir a autorização necessária à internação do usuário.

EMENTA ADITIVA. VOTO VENCIDO DO EXMO. SR. DES. CARLOS PRUDÊNCIO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL
 PARA TRATAMENTO DE ASSOCIADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO.
 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DESPESAS A CARGO DO PLANO DE SAÚDE.

É incumbência do plano de saúde arcar com as despesas de cirurgia de associado autorizada judicialmente, mesmo que o hospital a ser utilizado não seja

conveniado. Qualquer cláusula presente no contrato de adesão expressando o contrário é nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, nos termos do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 97.010428-6, da comarca da Capital (6ª Vara Cível), em que é agravante Unimed - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., sendo agravado Arthur Gomes Fullgraff representado por seu pai Luciano Fullgraff:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I - RELATÓRIO:

Arthur Gomes Fullgraff ajuizou "ação ordinária com pedido de tutela antecipada" contra Unimed - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., objetivando compeli-la a emitir "autorização para atendimento do Autor no Hospital do Coração, em São Paulo, oferecendo-lhe toda a assistência médica, hospitalar, cirúrgica e farmacêutica necessárias à cirurgia indicada, bem como os tratamentos que se fizerem necessários posteriormente ao ato cirúrgico".

Pelos fundamentos que seguem, a Dra. Vânia Petermann deferiu o pedido:

Dessome-se, do contrato a que aderiu o autor, na qualidade de dependente, que a ré está obrigada a cobrir custos em face de tratamento em entidade diversa daquela conveniada, onde se encontrar o demandante, inclusive em cirurgias cardíacas advindas de defeitos congênitos (vide anexo n. 3 do módulo n. 3, onde está incluída a cirurgia cardíaca).

Aliás, nada mais justo que o autor escolha hospital e equipe médica de sua confiança, razão pela qual não se exige a procura por tratamento em entidade de menor custo, porquanto em sede de saúde o que se pretende é, além da confiança, a segurança na qualidade do atendimento e instalações, ainda mais, no caso vertente, onde o autor conta com apenas cinco anos de idade e deve se submeter a procedimento cirúrgico de alto risco.

Ademais, destaca-se, que o contrato não estabelece, expressamente, limite de

custo para a cirurgia cardíaca (aí incluído todo o tratamento) e a carteira do usuário contém as expressões: "Exames complementares para diagnóstico - Exames de alto custo - Internação em apartamento standard com acompanhante - Cirurgias de alto custo", sem qualquer ressalva de valor.

A interpretação contratual, destarte, vem a favor do consumidor.

Desta feita, está presente o juízo do convencimento da verossimilhança forte na parte final do art. 273, caput, do Código de processo Civil.

Por derradeiro, é patente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, vez que o estado de saúde do menor requer cuidados especiais e imediatos, sob pena de risco de vida e de tratamento a contento, conforme prova arregimentada nos autos através do atestado médico.

No agravo de instrumento interposto dessa decisão, afirma a agravante que "jamais houve a recusa da realização do internamento e intervenção cirúrgica em hospital na localidade onde se encontrava o Agravado. Só que tal procedimento não poderia ser realizado em hospital (Hospital do Coração) e por profissional (Dr. Marcelo B. Jatene) não operantes/integrantes do sistema Unimed – que é exatamente o objetivado e obtido pelo Agravado, sendo inquestionável que a Agravante é detentora de um amplo quadro de respeitáveis profissionais, com elevada capacidade e gama de conhecimentos aptos a suprir, com total segurança, as necessidades o caso em tela".

Alternativamente, pede seja "determinada a SUSPENSÃO LIMINAR, da eficácia a decisão de fls. 27/30, que deferiu a antecipação da tutela jurisdicional objetivada, e determinou a expedição de autorização para 'atendimento do autor ARTHUR GOMES FULGRAFF, no Hospital do Coração em São Paulo, oferecendo-lhe toda a assistência médica, hospitalar, cirúrgica e farmacêutica necessárias à cirurgia indicada, bem como os tratamentos que se fizerem necessários posteriormente ao ato cirúrgico".

O Desembargador Francisco Oliveira Filho negou efeito suspensivo ao recurso.

Decorrido, in albis, o prazo para resposta ao agravado, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Wlaumar Alves da Silva, pelo provimento ao recurso.

II - VOTO:

Do parecer do Dr. Wlaumar Alves da Silva, transcrevo o seguinte excerto:

O r. despacho atacado merece ser reformado.

É que, apesar de o contrato celebrado pelo pai do Agravante, no qual este é mantido na condição de dependente, não indicar o que poder-se-ia considerar alto custo para uma cirurgia cardíaca e constar na carteira de identificação do menor, a indicação de que o contrato garantiria "cirurgias de alto custo", como se vê às fls. 43, também consta da cláusula 1ª, item 1.1, do Contrato Particular de Prestação de Serviços Médicos Hospitalares, de fls. 47 usque 52v, que os serviços ali contratados serão prestados pela "UNIMED, através de seus médicos cooperados e rede própria ou contratada, bem como por todas as cooperativas médicas que integrem o Sistema Nacional Unimed, em todos os municípios onde elas exerçam atividade ou venham a exercer atividade, obedecida a mesma forma, conforme relação entregue à CONTRATANTE." Ademais, consta ainda no item 1.2, que "sendo os serviços prestados por cooperativa que não a ora contratada, porventura existente onde esteja o usuário, são assegurados os direitos deste contrato sempre de acordo com os recursos de que disponha a prestadora do atendimento".

[...]

No mérito, contudo, a Agravante tem razão, já que se trata de contrato válido e firmado espontaneamente pelas partes, com pleno conhecimento prévio, inclusive a respeito dos atendimentos na sede da Agravante ou fora dela, não se vislumbrando qualquer ardil ou cláusula de simples adesão leonina ou danosa, já que a extensão da rede própria e contratada da UNIMED, que se constitui em um verdadeiro Sistema Nacional, cuja ampla relação é fornecida a todos os Contratantes, conforme consta da cláusula XIII, item 13.7, às fls. 49v, que diz que: "-Integram este contrato, para todos os fins de direito, os anexos ampliadores da cobertura aceito pelas contratantes e a relação das cooperativas que integram o Sistema Nacional Unimed, permanecendo sempre íntegras as cláusulas e condições não expressamente alteradas"(grifei e sublinhei).

Data venia, o Agravado não alegou nem demonstrou que estivesse desassistido

ou que nenhum dos hospitais e médicos da rede de cooperativas denominada Sistema Nacional Unimed estava apto a garantir seu tratamento especializado, para se amparar fora dele. A concessão de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, implicou em atendimento médico e cirúrgico fora da rede denominada Sistema Nacional Unimed e no reconhecimento de um direito contratual não gerado pelo próprio contrato celebrado, fato que, venia concessa, desnaturou o próprio instituto da antecipação da tutela, pois no presente caso concreto, nada assegura que o Agravado possa repor à agravada os valores por esta venha a desembolsar, caso seja perdedor na causa principal (fls. 74/75).

2. Data venia, divirjo de Sua Excelência.

O contrato firmado entre a agravante e a Associação dos Professores da Universidade Federal de Santa Catarina não exclui a hipótese do usuário dos serviços valer-se de médico e de clínica não cooperado e conveniada. Dispõe a cláusula 7.2. do "módulo básico": "Os serviços não cobertos por este contrato, salvo os previstos na letra "b" do item 7.1, poderão, a critério da UNIMED e mediante autorização prévia, ser executados, por conta da CONTRATANTE, que os pagará pelo sistema de custo operacional, de acordo com os valores praticados na região de atendimento, segundo tabelas da Unimed prestadora, para os honorários médicos, e de terceiros, para os demais itens que compõem o tratamento, acrescido do custo administrativo indireto. 7.3 - Caso sofra risco pessoal o usuário atendido, os procedimentos médicos não cobertos por este contrato que se tornem indispensáveis à superação do risco ficam desde já autorizados pelas contraentes, ficando a CONTRATANTE responsável pelo custo, na forma do item anterior".

De acordo com essa cláusula, ao usuário é facultado utilizar-se de médico não integrante do quadro de cooperados da Unimed e de clínica não conveniada, sempre mediante prévia autorização. Nessa hipótese, os honorários médicos e as despesas hospitalares são pagas pelo usuário e depois reembolsadas pela Unimed, observados os valores tabelados.

Embora a cláusula contratual não mencione expressamente o reembolso, é o que se extrai da análise das cláusulas do contrato.

3. Estabelecida a premissa de que ao usuário é permitido escolher o médico de sua confiança, impõe-se perquirir a respeito dos efeitos da decisão recorrida. Restringe-se à emissão da autorização ou insere obrigação de pagar as despesas médico-hospitalares?

O pedido e a decisão recorrida deixam margem à dúvida.

No tocante à autorização pura e simples, tenho que se houve com inegável acerto a Magistrada ao deferir a antecipação da tutela. A pretensão da agravada reveste-se de verossimilhança e os seus efeitos são reversíveis. O periculum in mora é manifesto. O menor necessitava submeter-se urgentemente à cirurgia, conforme comprovam os atestados médicos.

Dúvidas exsurgem quanto à responsabilidade da agravante pelo pagamento e/ou reembolso das despesas resultantes da autorização. Seria temerário um pronunciamento da Câmara, nesta fase processual, que pudesse constituir antecipação da decisão. Por precaução, impõe-se o provimento parcial do recurso para fixar que a antecipação da tutela restringe-se à emissão da autorização, postergando-se para o julgamento do mérito da causa a solução relativa à obrigação pelo pagamento ou reembolso das quantias que forem despendidas pela agravante.

4. Pelas razões expostas, dou provimento parcial ao recurso.

III - DECISÃO:

Nos termos do voto do relator, por maioria de votos, deram provimento parcial ao recurso.

Presidiu a sessão, com voto vencido, o Exmo. Sr. Desembargador Carlos Prudêncio, e tomou parte no julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Desembargador Eládio Torret Rocha.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer o Exmo. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 1998

Carlos Prudêncio

Presidente com voto

Newton Trisotto

Relator

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

EMENTA ADITIVA. VOTO VENCIDO DO EXMO. SR. DES. CARLOS PRUDÊNCIO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRATAMENTO DE ASSOCIADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DESPESAS A CARGO DO PLANO DE SAÚDE.

É incumbência do plano de saúde arcar com as despesas de cirurgia de associado autorizada judicialmente, mesmo que o hospital a ser utilizado não seja conveniado. Qualquer cláusula presente no contrato de adesão expressando o contrário é nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, nos termos do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Ousei divergir da douta maioria pelos motivos abaixo expostos.

O menor necessitava submeter-se urgentemente à cirurgia, conforme comprovam os atestados médicos e, evidentemente, seus pais não tinham condições financeiras de arcar com tais despesas, o que seria um absurdo, pois os mesmos são contratantes de um plano de saúde, a UNIMED.

Em relação à cláusula 7.2 do “módulo básico”, onde consta que “os serviços [...], poderão, a critério da UNIMED e mediante autorização prévia, ser executados, por conta da CONTRATANTE, que os pagará pelo sistema de custo operacional [...]”, trata-se aqui de cláusula nula de pleno direito por estabelecer obrigações consideradas iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada e são incompatíveis com a boa-fé, nos termos do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

É importante salientar que não tem sentido um casal adquirir um plano de saúde, e num momento de urgência, onde seu filho de apenas cinco anos, tem a necessidade de submeter-se a uma cirurgia, a UNIMED venha à juízo pleitear que os contratantes arquem com as despesas de tal operação.

Divergindo de meus eminentes pares apenas no tocante à postergação para o julgamento do mérito da causa a solução relativa à obrigação pelo pagamento ou

reembolso das quantias que forem despendidas pela agravante, é que já expresseo o meu voto no sentido de condenar a UNIMED a arcar com todas as despesas de tal cirurgia.

É o meu voto.

Des. Prudêncio

ANEXO 14.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 96.012226-5
 COMARCA : Joinville
 DES. RELATOR : Silveira Lenzi
 ÓRGÃO JULGADOR : Terceira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 10 de março de 1998
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 96.012226-5, de Joinville.

Relator: Des. Silveira Lenzi.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE SEGURO DE DANOS.

MATÉRIA DECIDIDA EM DESPACHO SANEADOR NÃO IMPUGNADO. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 473, DO CPC.

INCÊNDIO. NEGATIVA DE PAGAMENTO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL.

Contrária ao bom senso, à boa-fé e à segurança do tráfico jurídico, é toda a interpretação de cláusula contratual tendente a privar de efeitos o acordo válido de vontades.

A modificação subjetiva na execução do contrato, que por si não agrava os riscos do segurador, não interfere na sua validade. De pouco valor é a interpretação literal de cláusula contratual se o intérprete perde de mira a sua finalidade.

INCÊNDIO. PERDA TOTAL DO BEM SEGURADO. INDENIZAÇÃO NO VALOR MÁXIMO PREVISTO NA APÓLICE.

TRANSAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA INDICIÁRIA.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 96.012226-5, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é apelante BCN Seguradora S/A, sendo apelado Fernando Luís Venturi:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Fernando Luís Venturi propôs ação de cobrança contra BCN Seguradora S/A, alegando que adquiriu um imóvel situado na Estrada Pirai s/n., no bairro Vila Nova, em Joinville, tendo o antigo proprietário lhe endossado o contrato de seguro firmado com a seguradora ré em 10.12.92, com o fito de cobrir danos que porventura sobreviessem ao imóvel, causados por incêndio, queda de raio, explosão, entre outros riscos, conforme especificado na apólice. Noticiou que na data de 26.07.93, por volta da 1:00 (uma) hora da manhã, o imóvel segurado foi completamente destruído, em decorrência de um incêndio.

Diante do sinistro, o requerente acionou a seguradora pleiteando a respectiva indenização, correspondente a Cr\$ 250.000.000,00, corrigida desde a assinatura do contrato.

Realizada a vistoria, alegou que a seguradora o fez assinar uma declaração contendo espaços em branco sob o argumento de que tal documento destinava-se a agilizar o pagamento dos valores devidos. Ao indagar a empresa seguradora acerca da demora na quitação, o requerente foi surpreendido com a declaração já preenchida, na qual constava que as partes haviam acordado o valor da indenização em Cr\$ 200.000.000,00, ou seja, em valor inferior ao capital segurado.

Requeru o autor que o pagamento fosse efetuado na base de Cr\$ 250.000.000,00, devidamente corrigido desde a data da assinatura do contrato de seguro, ou seja, 23.07.92.

Citada, a seguradora sustentou, em preliminar, a extinção do processo face a não realização do preparo, em decorrência da não complementação das custas iniciais devidas em decorrência da modificação do valor atribuído à causa. No mérito,

aduziu que o objeto da presente ação é bem não compreendido pelo seguro, pois além de tratar-se de imóvel estruturado em madeira, não se destinava à residência habitual do segurado, infringindo assim o disposto na cláusula 4, subitens 4.1.2 e 4.1.8, das Condições Gerais do Super Seguro Casa BCN. Alegou ainda ter acordado com o segurado o valor da indenização, tendo este aceitado a receber a quantia de CR\$ 200.000,00. Pediu ao final que, caso seja julgado procedente o pedido do autor, fique a condenação restrita a 50% do valor reclamado na exordial.

Impugnou-se a contestação às fls. 83/85.

Em despacho saneador, o Togado a quo rejeitou a preliminar argüida ante a inexistência de determinação judicial para o autor complementar as custas (fl. 87).

A produção de prova pericial foi indeferida à fl. 90.

Sentenciando, o Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido (fls. 146/151).

Irresignada, apela, tempestivamente, a vencida, reiterando as alegações constantes na contestação.

O apelado em contra-razões pede a manutenção da decisão. Aduz litigância de ma-fé por parte da apelante, haja vista que a mesma não se opôs à condenação constante na sentença atacada.

Regularmente preparado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

É o relatório.

A apelante requereu, preliminarmente, a extinção do processo diante da omissão no pagamento das custas iniciais complementares na época adequada.

Através do despacho saneador – irrecorrido – de fl. 90, o Togado a quo repeliu esta prefacial, determinando que o autor procedesse à complementação do preparo, o que, de pronto, fulmina qualquer tentativa de rediscussão acerca da matéria em face do fenômeno da preclusão insculpido no art. 473, do CPC.

É da jurisprudência:

"Não é lícito à parte, na apelação dirigida contra a sentença definitiva de mérito, reabrir discussão sobre questão resolvida em despacho saneador não atacado na

fase processual adequada" (ROSA, Alexandre. *Código de Processo Civil Anotado segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*, 2. ed., Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, nota 2, p. 299).

O contrato de seguro foi pactuado na data de 23.07.92, no valor de Cr\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de cruzeiros), visando à cobertura de um imóvel contra diversos riscos, distribuídos percentualmente sobre o total da importância segurada, sendo que a indenização para o caso de incêndio foi fixada no quantum máximo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da apólice, ou seja, Cr\$ 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de cruzeiros).

Alega a apelante que inexistente cobertura ao bem sinistrado, posto que o imóvel constituía-se de casa enxaimel, estruturada em madeira com enchimento de tijolo maciço à vista, na qual o segurado não habitava, conforme se infere das cláusulas n. 4.1.2. e 4.1.8., das condições gerais da apólice emitida, in verbis:

"4 – Bens Não Compreendidos no Seguro

4.1. – Não estão cobertos por este seguro:

4.1.2. – Prédios com paredes construídas total ou parcialmente, de materiais combustíveis, tais como: madeiras, fibrocimento, plástico e outros assim considerados, assim como seus conteúdos;

4.1.8. – Residências de veraneio, de campo, de fim de semana ou semelhantes."

A cláusula n. 4.1.2. deve ser desconsiderada, pois ao aceitar a proposta do segurado, dando cobertura aos riscos que porventura sobreviessem ao imóvel, a seguradora manifestou, tacitamente, sua intenção em derrogar àquela cláusula excludente de sua responsabilidade e, ao receber o prêmio, iniludivelmente, obrigou-se a cumprir o contrato.

Não há qualquer indício de má-fé por parte do segurado.

Além disso, a experiência comum é bastante para saber que as companhias seguradoras não assumem obrigações de grande monta, como a que se discute no caso em tela, sem a realização de uma vistoria prévia que lhe possibilite sopesar os riscos que assume, e, assim, calcular o prêmio a ser pago pelo segurado.

Por outro lado, é regra assentada que nos contratos de adesão as cláusulas

escritas têm mais força do que as impressas, autorizando a conclusão de que a cláusula escrita que fixou o objeto do seguro deve prevalecer sobre a cláusula impressa que excluiu a responsabilidade da seguradora sobre o mesmo bem.

Ademais, as relações entre seguradora e segurado incluem-se no âmbito das relações de consumo, ex vi do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual a cláusula n. 4.1.2. deve ser declarada absolutamente nula, conforme preceitua o disposto no art. 51, inciso IV, e § 1º, inciso II, do referido diploma legal:

“Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º – Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II — restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.”

A cláusula n. 4.1.8. do contrato também não exclui a responsabilidade da companhia seguradora.

O seguro não abrange residências de veraneio, de fim de semana, ou de campo, em razão do irrefutável aumento do risco gerado pelo abandono do imóvel durante longos períodos de tempo. Digamos, exempli gratia, que se em uma residência habitada um curto-circuito na fiação pode, desde logo, ser notado e rechaçado, em um local inabitado o mesmo fato acarretaria consequências desastrosas.

Restou comprovado (fl. 61) que o apelado não morava no imóvel por ocasião do sinistro.

Todavia, restou igualmente comprovado que um preposto do apelado cuidava de sua propriedade, residindo por tempo integral no imóvel segurado, o que, ipso facto, afasta a incidência do art. 1.454, do Código Civil, textualmente:

“Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro.”

O seguro foi estipulado por valores certos, e tendo havido perda completa do bem, é dever da seguradora efetuar a indenização pelo total convencionado na apólice emitida.

A propósito já decidiu o STF:

“Nos contratos de seguro, verificada a perda total da coisa segurada, deve a indenização corresponder ao valor declarado na respectiva apólice, sem necessidade de indagar de seu valor na ocasião do sinistro” (RT 237/293).

Em acórdão da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos, colhe-se:

“– Em sede de seguro contra incêndio, positivado o sinistro e o perecimento integral do imóvel segurado, o valor da contratação retratado na respectiva apólice, corresponde à prefixação dos danos a serem cobertos” (Ap. civ. n. 96.007433-3, de Joaçaba, julgada em 24.06.97).

O derradeiro estertor da apelante na tentativa de ver minorada sua responsabilidade, é a invocação de uma transação que teria se realizado entre o apelado e um funcionário da SERVITAS (empresa que elaborou o relatório de regulação do sinistro).

Alegou o apelado que, induzido pelo preposto da seguradora, assinou a declaração de fl. 20 em branco, sendo que, tempos depois, a apelante apresentou-lhe o documento preenchido com valores unilateralmente estipulados, pagando-lhe quantia muito inferior a acordada.

A tese do apelado é verossímil, encontrando guarida nas próprias alegações da apelante à fl. 34:

“Ocorre que o segurado, posteriormente, manifestou sua discordância quanto ao valor a ser indenizado, devolvendo o cheque que lhe foi destinado.”

Pouco crível que se aceite uma indenização e logo depois se devolva o pagamento. Mas os indícios não terminam aí.

Posteriormente a seguradora reenviou o cheque ao segurado. Afirma que este não foi devolvido ou compensado. O segurado, derribando a tese da aceitação do valor fixado para a indenização, traz aos autos (fl. 105) o cheque mencionado.

Ainda que o segurado houvesse aceito a indenização parcial, dando à seguradora a usual quitação plena, geral e irrevogável, isto não o impediria de demandar a

complementação que entende devida.

Em hipótese similar a dos autos, esta Câmara já decidiu em acórdão do qual fui relator:

"A quitação 'plena, geral e irrevogável' dada pelo segurado à empresa seguradora não deve subsistir no caso de inadimplência contratual parcial desta e nem serve de obstáculo ao ingresso em juízo visando à complementação do valor pago, pois contraria o espírito de defesa do consumidor que impregna o direito hodierno" (Ap. civ. n. 97.012416-3, de Blumenau, julgada em 16.12.97).

Por fim, o único reparo que se faz a bem lançada sentença de fls. 146/151 da lavra do Dr. Rodrigo Antônio da Cunha, é com referência à litigância de má-fé. No processo, a apelante nada praticou que pudesse ser considerado temerário à enquadrá-la na pena prevista no § 2º, do art. 18, do CPC.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao apelo, para afastar da condenação a pena de litigância de má-fé, mantendo no mais a decisão a quo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 10 de março de 1998.

Eder Graf

PRESIDENTE

Silveira Lenzi

RELATOR

ANEXO 15.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 96.007932-7
 COMARCA : Fraiburgo
 DES. RELATOR : Carlos Prudêncio
 ÓRGÃO JULGADOR : Primeira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 25 de agosto de 1998
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 96.007932-7, de Fraiburgo.

Relator: Des. Carlos Prudêncio.

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se constitui em cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o deslinde desta é satisfeito com o conjunto documental constante dos autos, nos termos do art. 330, I, do CPC.

CONTRATO DE EMPREITADA. QUITAÇÃO COMPROVADA NOS AUTOS ATRAVÉS DE NOTAS PROMISSÓRIAS ASSINADAS PELO REPRESENTANTE DA PARTE CONTRÁRIA. PRESUNÇÃO DE PAGAMENTO.

A entrega de notas promissórias ao contratante da avença de empreitada comprova a presunção do pagamento, nos moldes do art. 945 do CC. Ou seja, havendo a assinatura da parte ex adversa no verso dos títulos, comprovado está o adimplemento da obrigação firmada.

ARRAS CONFIRMATÓRIAS. PERDA EM FAVOR DA OUTRA PARTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA PREVISÃO NO CONTRATO. INOCORRÊNCIA IN CASU.

Nas palavras de Orlando Gomes, "arras é a quantia dada por um dos contraentes ao outro como sinal de conclusão do contrato. Nesta acepção, é sinônimo de sinal,

termo que, além de ser mais usado na prática, evita confusões”. Entretanto, a existência de arras (ou sinal) confirmatório, para o fim de tornar possível a sua perda em favor da outra parte, depende de previsão expressa no contrato.

ARRAS PENITENCIAIS. PERDA DE TODAS AS PRESTAÇÕES PAGAS EM DECORRÊNCIA DE INADIMPLEMENTO. CLÁUSULA PENAL (MULTA CONTRATUAL). DISTINÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DESTA. OFENSA, ENTRETANTO, AO ART. 1.092 DO CC. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA MULTA.

Não há que se confundir arras penitenciais com cláusula penal, porquanto as arras são sinônimo de sinal, que tornam obrigatória a avença, podendo ser estipulado sua perda em virtude do direito de arrependimento de uma das partes. Ao contrário, se o contrato prevê que, em caso de rescisão por inadimplemento, o comprador perderá o pagamento inicial e os subseqüentes, essa disposição constitui, no conjunto dos valores abrangidos, cláusula penal, que não é ilimitada, pois prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do código Civil segundo o qual ‘O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal’.

Em suma, a cláusula penal pode ser prevista para a ‘inexecução do contrato’, ou para a ‘infração de uma de suas cláusulas’. Por outro lado, não pode uma parte exigir o adimplemento de outra antes de cumprir com a sua quota. É o disposto no art. 1.092 do CC: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Comprovado o pagamento da quantia de R\$15.000,00, se a ré sequer deu início à construção da obra que lhe cabia, impossível é o reconhecimento do seu direito à cláusula penal.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO SEU ART. 51. CONTRATO DE ADESÃO. RESTITUIÇÃO DE TODOS OS VALORES PAGOS.

Existindo no contrato de empreitada verdadeira avença de cunho adesivo à outra parte, que paga quase que a integralidade do contrato e não tem a seu favor sequer o início da construção da obra contratada, tem ela direito à restituição de todas as parcelas efetivamente pagas, sob pena de configurar-se o

enriquecimento ilícito daquela que retém a integralidade do quantum adimplido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 96.007932-7, da comarca de Fraiburgo, em que é apelante Empreiteira de Mão de Obra Vila Rica Ltda., sendo apelado Valdomiro Justino Perondi:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I — RELATÓRIO

Valdomiro Justino Perondi ajuizou ação ordinária de restituição de valores pagos contra Empreiteira de Mão de Obra Vila Rica Ltda., alegando, em síntese, que firmou contrato escrito com o réu, em maio de 1995, objetivando a construção de uma sala comercial, no valor de R\$24.000,00. Disse que, inicialmente, em data de 05.07.95, pagou R\$7.000,00 sem que lhe fosse dado recibo, e mais dez prestações de R\$1.500,00. Argumentou que, mesmo não tendo sido iniciada a obra, efetuou o pagamento de R\$22.000,00. Requereu, pois, a restituição da quantia, fazendo menção, inclusive, ao Código de Defesa do Consumidor.

O réu contestou, requerendo, preliminarmente, a declinação da competência, porquanto o contrato previa como foro de eleição a comarca de Joaçaba. Salientou que o autor deveria pagar o valor integral previsto no contrato e que o valor de R\$2.000,00, não reclamados, foram dados como arras, não sendo restituível; o valor de R\$7.000,00 foi pago com cheque de terceiro, sem fundos; e dos R\$15.000,00, referentes às notas promissórias, pagou somente R\$8.500,00. Por fim, disse que o autor é que se arrependeu do contrato, e requereu sua condenação na pena de litigância de má-fé.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, decretando a rescisão do contrato e condenando o réu a devolver ao autor as quantias pagas, que somam R\$15.000,00, com correção monetária a partir do desembolso, em 05.07.95, acrescidos dos juros legais. Condenou-o, ainda, ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre da condenação.

Irresignada, apela a ré, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma

vez que indispensável a realização de prova testemunhal, ainda mais em se tratando de procedimento ordinário. No mérito, diz que o contrato trata de empreitada global, mediante o qual o autor/apelado é responsável pelo fornecimento do terreno, alinhamento e confrontações, e como não o fez, não pode exigir o implemento da condição do outro. Argumenta, também, que não houve notificação e, no tocante ao mérito da rescisão contratual propriamente dita, reedita os argumentos anteriores. Reafirma que o apelado agiu de má-fé e requer o provimento do recurso.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

II — VOTO

1 — Preliminar de cerceamento de defesa

Improcede a proemial de cerceamento de defesa argüida pela apelante. Tratam os autos de ação de restituição de valores pagos relativamente à construção de uma sala comercial no valor de R\$24.000,00, sendo que nenhuma das partes nega a existência do contrato, controvertendo-se a demanda, primordialmente, no que toca aos valores efetivamente pagos e adimplidos.

Assim, tem-se como despicienda prova testemunhal, porquanto os autos ilustram prova documental suficiente e certa à solução da lide. Outrossim, mesmo que admitida fosse a ouvida de testemunhas, o processo possui suporte escrito e fático suficiente para a decisão, conforme se vislumbrará na análise do mérito. Da mesma forma, também, se verá que, quanto ao valor de determinada quantia que não foi comprovadamente paga através de prova escrita, a prova testemunhal não pode ser admitida, a teor do disposto no art. 401 e 402 do CPC, pois ausente, nesta hipótese, início de prova por escrito.

Nelson Nery Júnior, in: *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. RT, 1996, p. 796, ensina:

“Se o juiz aceitar suficientes as provas documentais apresentadas e dispensar as orais, a tendência é de que a lide seja julgada antecipadamente (CPC 330 I). O exame do caso concreto é que fornecerá ao juiz, nos termos do CPC 131, condições de avaliar a conveniência ou não da dispensa da prova a ser realizada em audiência”.

A propósito já se decidiu:

“Tratando-se de questão de mérito, de direito e de fato, sem necessidade de prova em audiência, a entrega da prestação jurisdicional nos termos do item I, do art. 330, CPC, não caracteriza cerceamento de defesa” (JC 60/188, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Assim, afasta-se esta prefacial.

2 — Mérito

No mérito, o recurso é desprovido.

Necessário se faz, a *princípio*, uma explanação dos fatos para melhor compreensão da demanda.

As partes não negam, em absoluto, a existência de contrato de construção de uma sala comercial, de fls. 13 dos autos, denominado de empreitada global e fixado no valor de R\$24.000,00. Entretanto, controverte-se acerca do quantum efetivamente pago pelo autor, sendo que este requer, em sua petição inicial, a devolução de R\$22.000,00. A fls. 17/18, acostou o requerente dez notas promissórias, cada uma no valor de R\$1.500,00, constando do verso do título a assinatura do representante da ré, o que conclui pela existência do valor de R\$15.000,00 efetivamente pagos e quitados em data de 05.07.95.

O réu, a seu turno, reconhece o pagamento da quantia de R\$8.500,00 e mais R\$2.000,00, entretanto, alega que este último valor seria irrestituível, a título de arras. Segundo o autor, também, o quantum de R\$7.000,00 teria sido pago igualmente na data de 05.07.95, mas, se assim o foi, deveria ter sido acostado aos autos o respectivo recibo e/ou nota promissória referente, tal como ocorreu com os outros valores comprovadamente quitados. O réu, novamente, diz que esse valor foi pago com cheque de terceiro sem provisão de fundos e, portanto, não poderia ser liberado da obrigação. Desta forma, não pode ser considerado o adimplemento dos R\$7.000,00, pois inexistente início de prova por escrito do pagamento, e tal diligência caberia ao requerente. Nesta seara, também, é que se torna aplicável a restrição contida no art. 401 e 403 do CPC, que veda a prova exclusivamente testemunhal quando o valor do contrato não exceda o décuplo do salário mínimo.

A entrega das notas promissórias ao postulante, no valor total de R\$15.000,00,

comprova a presunção do pagamento, nos moldes do art. 945 do CC. Sílvia Rodrigues, em sua obra de *Direito Civil*, v. 2, Parte Geral das Obrigações, 1995, p. 148, é enfático:

“*Princípio* universalmente aceito, funda-se no pressuposto de que se o credor devolve ao devedor o título, que constitui a prova da relação jurídica, é porque remitiu a dívida ou recebeu a prestação devida.

“Isso é o que ordinariamente acontece, sendo mesmo estranho que um documento, que interessa diretamente a uma parte, seja entregue à outra, sem causa razoável que justifique o ato. Portanto, a posse do documento comprobatório do crédito pelo devedor faz supor o resgate do mesmo. [...]”

“ Aliás, a lei não fala apenas em posse do título, mas em sua entrega ao devedor, donde decorre que se o documento não veio parar em poder do devedor por deliberação do credor, mas por meio ilícito, a presunção legal também pode ser contornada. Tal prova incumbe ao credor”.

Destarte, o réu não comprovou qualquer das excludentes desta presunção, quais sejam, de que o débito não foi resgatado mesmo com a entrega do título ou que as cópias foram obtidas fraudulentamente. In casu, efetivamente, nenhuma das duas hipóteses restaram evidenciadas.

Aliás, no que se refere à perda do valor de R\$2.000,00, alegada pelo apelante, o art. 1.097 do CC é expresso ao rezar que “se o que deu arras der causa a se impossibilitar pela prestação, ou a se rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro”. Ora, é sabido que a existência de arras ou sinal confirmatório depende de previsão expressa no contrato, o que não ocorreu no caso sub judice e, por isto, torna inaplicável a sua perda em favor da parte ex adversa.

Orlando Gomes explica:

“No Direito das Obrigações, (arras é) a quantia dada por um dos contraentes ao outro como sinal de conclusão do contrato. Nesta acepção, é sinônimo de sinal, termo que, além de ser mais usado na prática, evita confusões.

“O sinal tem cabimento apenas nos contratos bilaterais translativos ao domínio. Há de provir de cláusula acessória do contrato, expressamente estipulada” (In: *Contratos*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 99).

Nesse sentido, a Apelação cível n. 41.979, de São José, rel. Des. Paulo Gallotti, publicada DJE de 30.10.95:

“Para a existência das arras confirmatórias exige-se estipulação expressa em cláusula acessória, não sendo de reconhecê-la com o mero emprego das expressões ‘sinal e *princípio* de pagamento’ constantes de contratos de adesão”.

No que toca à cláusula terceira, parágrafo terceiro, do contrato em exame, que previa a perda, em favor da ré, das prestações pagas, a título de arras penitenciais, é totalmente nula, porque abusiva e unilateralmente fixada, tomando-se em vista a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, não há que se confundir arras penitenciais com cláusula penal, porquanto as arras, como já salientado, são sinônimo de sinal, que tornam obrigatória a avença, podendo ser estipulado sua perda em virtude do direito de arrependimento de uma das partes. Evidentemente, não é o caso presente, pois, dizendo o contrato que, em caso de rescisão por inadimplemento, o comprador perderá o pagamento inicial e os subseqüentes, essa disposição constitui, no conjunto dos valores abrangidos, cláusula penal, que não é ilimitada, pois prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do código Civil segundo o qual ‘O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal’.

É certo que as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a em valor representativo das perdas e danos, entretanto, tal liberdade não é irrestrita, porquanto não pode exceder o valor da obrigação principal, o que ocorreu na questão ora em litígio.

Em suma, a cláusula penal pode ser prevista para a ‘inexecução do contrato’, ou para a ‘infração de uma de suas cláusulas’. De qualquer forma, não pode a ré, no caso exigir o adimplemento do autor antes de cumprir com a sua quota-parte. É o disposto no art. 1.092 do CC: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Ora, se o autor comprovou o pagamento de R\$15.000,00, quitados em uma só data, e a ré sequer deu início à construção da obra, não tem direito a qualquer cláusula penal, porquanto a inexecução do contrato é de sua parte. Só para argumentar, a cláusula quarta, em seu parágrafo primeiro, ao dispor que o atraso no cumprimento da sua obrigação não pode ser justificativa ao retardamento do

pagamento por parte do autor, é só mais um exemplo das arbitrariedades do contrato em questão, tipicamente de adesão.

Outrossim, sobre a restituição das parcelas efetivamente pagas, como já salientado, aplicável o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu art. 51:

"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

"II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

[...]

"IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé."

Nelson Néry Jr., comentando o tal dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (in: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991) preleciona:

"Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável a parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual, pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verificam nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus do contrato.

[...]

"Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o Juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os *princípios* da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

[...]

"Como as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, não se empresta validade à cláusula de renúncia ou disposição de direitos pelo consumidor, pois isso enseja quebra do equilíbrio contratual."

Relativamente ao reembolso das quantias pagas, ensina o mesmo autor:

"Em vários dispositivos o Código confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas, total ou parcialmente, dependendo do caso. As cláusulas contratuais que subtraem do consumidor esse direito, são inválidas conforme estabelece a norma comentada. Quando, *exempli gratia*, o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto no art. 49, parágrafo único do CDC, tem o direito de ver-se reembolsado das quantias eventualmente pagas, imediatamente e monetariamente atualizadas, de acordo com os índices oficiais.

"A regra incide quando o direito de reembolso ou devolução das quantias pagas estiver assegurado pelo código. Veda-se a cláusula, também, por importar disposição de direitos (Art. 51, I, CDC)."

Diante destes argumentos, nega-se provimento ao recurso.

III — DECISÃO

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Presidente e Relator

ANEXO 16.

TIPO DE PROCESSO	: Agravo de Instrumento
NÚMERO ACÓRDÃO	: 97.005881-0
COMARCA	: Capital
DES. RELATOR	: Trindade dos Santos
ÓRGÃO JULGADOR	: Primeira Câmara Civil
DATA DECISÃO	: 22 de setembro de 1998
PUBLICADO NO DJESC	:

Agravo de Instrumento n. 97.005881-0, da Capital.

Relator: Des. Trindade dos Santos.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFÍCIO DE APARTAMENTOS. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULAS TIDAS COMO ABUSIVAS. LIMINAR DEFERIDA. LIMITAÇÃO, ENTRETANTO, DA INCIDÊNCIA DESSAS CLÁUSULAS. NULIDADE DA DECISÃO REJEITADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA INOCORRENTE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

— Não é nula, por infringência ao art. 93, IX da Constituição de República, a decisão concessiva de liminar que, muito embora possa ser tida como sucinta, contém fundamentação suficiente para aquilatar-se os motivos que a geraram.

— Concomitantemente com a adoção do sistema de controle legislativo, o nosso Código de Defesa do Consumidor adotou mecanismos tendentes a autorizar o controle jurisdicional dos contratos de adesão. Dentre esses mecanismos, avulta a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ações que tenham por objeto reprimir a validade de cláusulas contratuais que se antagonizem com o próprio Código ou que não assegurem justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes contraentes.

— Em se tratando de ação civil pública, a nulidade de cláusulas inseridas em contratos de adesão não pode ser reconhecida em sede de liminar, de forma a

tornar satisfativa a medida. Assim, não é dado ao Magistrado, já no vestibulo da ação, determinar a imediata alteração, nos contratos já firmados ou a serem ajustados pela demandada, das cláusulas tidas como ofensivas ao Código de Defesa do Consumidor.

— Na sistemática do nosso Código de Defesa do Consumidor, o *princípio* da equidade, do equilíbrio contratual é cogente, não sendo exigível que a cláusula abusiva ou leonina tenha sido inserida no contrato, seja ele de adesão ou não, por abuso do poderio econômico do fornecedor ou vendedor. O CDC, ressalte-se, considera, para fins de sanção e de inoperância, essencialmente o resultado, gerador do desequilíbrio vedado, sendo irrelevante a existência ou não de qualquer ato reprovável do fornecedor ou vendedor. Se a cláusula pactuada traz vantagem excessiva para o fornecedor ou vendedor, em detrimento do comprador, pode ela ter contado com a anuência consciente deste; mas, contrariando ela a ordem pública e as normas protetivas a autonomia de vontade dos contraentes não prevalece. Nessa situação, a suspensão da aplicabilidade de cláusulas contratuais tidas como abusivas é medida que consulta os interesses da justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 97.005881-0, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que é agravante Berman S/A Engenharia e Construções, sendo apelado o Representante do Ministério Público: ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastadas as preliminares, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

Berman S/A Engenharia e Construções interpôs agravo de instrumento combatendo a decisão de fls. 52 a 54 que, nos autos da ação civil pública contra si proposta pelo Ministério Público, determinou, em sede de liminar, a suspensão temporária de algumas cláusulas contratuais tidas como abusivas aplicando-lhe, ainda, multa diária fixada em R\$ 10.000,00, em caso de descumprimento.

Alegou que ao proferir a decisão, o MM. Julgador deixou de explicar os motivos ensejadores do periculum in mora, incidindo, ademais, em julgamento extra petita, uma vez que a medida concedida possui caráter satisfativo, determinando, de imediato, a substituição das cláusulas ditas de abusivas.

A par disso, o despacho atacado contém visíveis omissões, não esclarecendo se os contratos a serem modificados cingem-se ao do empreendimento Edifício Plaza La Coruña ou a outros empreendimentos por si mantidos e se todos os adquirentes devem ser informados das modificações, da suspensão ou da alteração das cláusulas.

Insurgiu-se, outrossim, contra a não fixação de prazo para o cumprimento da obrigação, bem como criticou a imposição da multa, não havendo critério para a sua fixação e nem tendo sido dado destino ao montante, argüindo, mais, a extrapolação das funções do Ministério Público, uma vez que o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais foi vetado, consoante art. 51, § 4º do CDC.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, cassando-se seus efeitos quando do julgamento final.

Pelo despacho de fls. 59 a 61, foi deferido parcialmente o pedido da agravante, apenas no que tange a imposição da multa diária.

Em resposta, o Ministério Público defendeu a sua legitimidade para propor a ação civil pública em defesa dos consumidores com base nos art. 6º, IV e V e art. 51, § 4º, ambos do CDC.

No mérito, expôs que a multa inserida nos contratos atacados deve ser reduzida de 10% para 2%, sustentando a anulação das cláusulas que tratam da rescisão contratual, bem como das que tratam de suas respectivas penas, posto representarem elas uma oneração desproporcionada aos adquirentes das unidades habitacionais comercializadas pela recorrente, além do que total é a necessidade de inserção, nos contratos em apreço, de cláusula autorizatória da rescisão contratual por inadimplência do fornecedor, pugnando, por fim, pelo desprovemento do agravo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovemento do recurso, com a fixação, no entanto, do prazo de 48 horas para o cumprimento do despacho prolatado na instância monocrática.

É o relatório.

Apenas em parte há que se dar acolhimento à insurgência manifestada pela

agravante!

Em sede de ação civil pública, na qual a discussão trava-se a respeito da validade ou não das cláusulas abusivas inseridas nos contratos de promessa de compra e venda de unidades do Edifício Plaza de La Coruña de propriedade da postulante recursal, a decisão atacada suspendeu a aplicação das cláusulas controvertidas, determinando fossem feitas as devidas comunicações a todos os promitentes-compradores, cominada a pena de multa diária de R\$ 10.000,00, sem, contudo, assinalar prazo para o cumprimento da obrigação.

Na hostilização recursal intentada, a agravante desfila, primeiramente, os seguintes argumentos:

a) nulidade da decisão, por falta de fundamentação

Sustenta a agravante, de início, que a decisão objurgada é nula, em face de ofensa ao art. 165 do Código de Processo Civil e ao enunciado constitucional que determina sejam todos os pronunciamentos judiciais fundamentados.

Contudo, no caso vertente, a interlocutória censurada, em que pese concisamente, está fundamentado com suficiência, posto que cumpridamente justificado o motivo pelo qual a autoridade judicante da instância monocrática deferiu a providência postulada pelo Ministério Público.

E, consoante já acentuou esta Corte:

“A nulidade de interlocutória não é decretada, se mesmo em sua concisão, encontra-se suficientemente fundamentada” (AI n. 88.092018-8, de Palmitos, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Em igual sentido, dissemos:

“Não ostenta eiva de nulidade, por ofensa ao disposto no art. 93, IX, o despacho judicial que, muito embora de forma sucinta, contém fundamentação bastante para aquilatar-se as razões motivadoras da decisão prolatada” (ACV n. 97.004685-5, de Orleans).

Descarte-se, ante isso, a aventada nulidade!

b) Omissão da decisão censurada, por não esclarecer se a determinação judicial cinge-se apenas às unidades do Edifício Plaza La Coruña ou se se estendem a todos os demais empreendimentos imobiliários da agravante

Inexiste, entretanto, a apontada omissão no despacho objurgado.

Ora, não perca-se de vista que a decisão espancada foi prolatada introitalmente, considerando, antes de mais nada, o pedido inicial formulado pelo representante ministerial que subscreveu a exordial da ação civil pública antes mencionada.

E a ação civil pública ataca e pede proteção liminar, não apenas contra o ato dito abusivo cometido pela recorrente nos contratos de promessa de compra e venda vinculados à comercialização do Edifício La Coruña, estendendo-se a todos os contratos padronizados utilizados pela agravante na venda de seus empreendimentos imobiliários.

Não há, neste contexto, a alegada omissão, pois é óbvio que, tal como se contém na exordial da ação civil pública, a liminar deferida tem caráter indeterminado, atingindo à totalidade dos empreendimentos imobiliários da agravante.

c) Ilegitimidade ativa do Ministério Público

Referentemente à autuação do Ministério Público no caso em foco, ao contrário do entendido pela agravante, é ela legítima, posto versar o pleito sobre cláusulas contratuais abusivas e, pois, atentatórias ao Código de Defesa do Consumidor.

Assinale-se, como de suma importância, que a proteção contra cláusulas contratuais abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, com essa importância avolumando-se em decorrência da proliferação de contratos adesivos concluídos com base nas ditas condições gerais, que são aquelas impostas pela parte contratual e economicamente mais forte.

Adite-se a esse fator a absoluta impossibilidade de o aderente discutir as bases do contrato, o que faz com que, no plano das relações de consumo, deva existir a indispensável proteção contra as cláusulas que, revelando-se abusivas, estejam incluídas nas cláusulas gerais do contrato.

E a cláusula contratual, para ser abusiva, registre-se, não necessita estar elencada no art. 51, do CDC, que enumera as cláusulas abusivas, posto que essa enumeração é meramente exemplificativa e não taxativo.

Aliás, é dado ao Magistrado o poder de fazer a integração dos conceitos jurídicos indeterminados existentes nos itens IV e XV do mesmo artigo 51, onde, para os fins legais, é autorizado o julgador a verificar se a cláusula não é contrária à boa-fé

e à equidade ou se está ela em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, que abrange, não só o Código de Defesa do Consumidor, mas todo e qualquer texto normativo sobre regras de consumo, tais como, entre outras, a lei de economia popular, a lei antitruste e a lei de proteção contra a ordem econômica.

Acerca da legitimidade do Ministério Público para as ações que visam tornar efetiva essa proteção, assinala Ana Emília Oliveira de Almeida Prado:

“Além de adotar o sistema de controle legislativo, o CDC adotou mecanismos de controle jurisdicional nos contratos de adesão.

Para tanto, o art. 51, § 4º, legitimou o Ministério Público a ajuizar ação destinada a ser decretada a nulidade de cláusula contratual contrária ao Código ou de cláusula que não assegure justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”.

Continua a mestra:

“No Brasil, adotou-se o controle repressivo ou concreto, que é aquele efetuado no decorrer da ação judicial em que se discute a abusividade de cláusula. O consumidor pode, diretamente, pleitear em Juízo a declaração da nulidade de cláusula contratual abusiva, mas também pode requerer ao Ministério Público idêntica providência (art. 51, § 4º)” (Disposições Gerais Contratuais do CDC, in: Revista de Direito do Consumidor, n. 11, jul./set. 1994, p. 34 - 35).

Tecendo seus comentários a respeito do art. 51, § 4º do CDC, professam Carlos Machado Vianna e Hélio José Cavalcanti Barros:

“O § 4º dá ao consumidor ou entidade que o represente o direito de provocar o Ministério Público a fim de que este acione, em juízo, o fornecedor com o intuito de ver declarada a nulidade da cláusula contratual que contrarie qualquer disposição deste Código, e amplia isto a qualquer cláusula que contrarie o justo equilíbrio entre as partes contratuais. Assim, deve o M.P., nesta hipótese, promover a ação civil pública, na forma do que dispõe a Lei n. 7.347/85” (*Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Lúmen Júris, p. 71).

d) No mérito, temos que a decisão atacada - a de fls. 52 a 54 - suspendeu temporariamente a aplicação das cláusulas 15, 43 e 45 do contrato adesivo

padronizado de que se utiliza a empresa agravante na comercialização das unidades que integram os seus empreendimentos imobiliários.

Incoerentemente, determinou a autoridade judicante, desde logo, fosse procedida a alteração das refaladas cláusulas em todos os contratos, nos termos propostos pelo Ministério Público.

Neste último aspecto, obviamente, a decisão hostilizada não pode ser mantida!

Ocorre que, à par de extrapolar ela os limites da liminar requerida, determinou, de plano, providência de índole satisfativa e cujo exame, pois, somente é admissível quando do julgamento de mérito.

É clara a vestibular da ação civil pública, ao requerer, em fl. 28, que, liminarmente, “[...] se obrigue a requerida a suspender temporariamente a aplicação das referidas cláusulas contratuais”.

Pleiteou o Ministério Público, isso sim, nos requerimentos finais de fl. 29, a procedência da ação, declarada, então, a nulidade das cláusulas 15, 43 e 45, condenada a demandada a reformulá-las nos termos propostos.

Destarte, é de prover-se, nesse aspecto, o inconformismo manifestado, para excluir-se a imposição à recorrente de, desde logo, reformular as cláusulas atacadas, nos moldes sugeridos pelo Ministério Público.

Correspondentemente à suspensão temporária das cláusulas impugnadas, a decisão espancada impõe-se prestigiada!

Ocorre que, pela cláusula 15^a, foi estabelecida uma multa de 20% no atraso do pagamento de qualquer das parcelas ajustadas, o que, convenhamos, é abusivo, uma vez que, a Lei n. 9.298, de 1º.08.96, emprestando nova redação ao art. 52, § 1º do CDC, limita multa de mora, decorrente do inadimplemento de obrigações, ao máximo de 2% do valor da prestação.

Enquanto isso, num verdadeiro atentado ao Código de Defesa do Consumidor e em prática totalmente usurária, a cláusula 43^a prevê a perda pelos promitentes-compradores, a título de pena convencional e ressarcimento de custos, de 90% (noventa por cento) dos valores pagos, nas hipóteses de inadimplência ou de culpa na rescisão contratual.

Tal cláusula, por evidente, não pode prosperar, vez que verdadeiramente espoliativa aos promitentes-compradores que, sejam quais forem as razões que se apresentem, vierem a se tornar inadimplentes ou tiverem, por culpa deles, rescindido o instrumento contratual.

É cláusula abusiva e leonina e que, por isso mesmo, deve ter suspensão a sua aplicabilidade.

Conforme assinala Cláudia Lima Marques:

“Impor tal peso ao consumidor, extinguir todo e qualquer risco profissional do empresário, que lucrou com a construção total do imóvel e impor todos os riscos nos ombros dos poupadores-consumidores parece exagerado. Tal caráter exagerado e leonino já foram identificados mesmo em face ao direito comum tradicional, quanto mais face a um Código protetivo dos interesses dos consumidores como o CDC” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 2. ed., 1992, p. 341).

Registra a mesma autora, à p. 163:

“O *princípio* da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por “abuso do poderio econômico” do fornecedor, como exige a lei francesa, ao contrário o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrária às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e a autonomia de vontade não prevalecerá”.

Por fim, a cláusula 45ª igualmente incide em potestatividade, posto estabelecer causas de rescisão contratual que consultam, com exclusividade, os interesses da agravante, implicando em franco favorecimento à mesma, com total ofensa aos *princípios* jurídicos incidentes e, mormente, ao Código de Defesa do Consumidor.

Refaladas cláusulas, em sendo assim, são, a prima facie, exorbitantes, pelo que suas incidências impõem-se suspensas.

E um derradeiro retoque há que se dar ao despacho atacado!

É que, o MM. Magistrado singular, ao determinar que fosse feita, pela agravante, a

suspensão das cláusulas contratuais atacadas, determinou-lhe que, sob pena de uma multa de R\$ 10.000,00 por dia de descumprimento da decisão judicial, comunicasse a suspensão a todos os seus promitentes-compradores.

Entretanto, não foi fixado prazo para o cumprimento da determinação, com o que não há condições jurídicas de se concretizar a aplicação da penalidade.

Ante isso, provê-se também nesse aspecto o reclamo recursal, assinando-se à agravante o prazo de 90 (noventa) dias, após a publicação deste acórdão, para que a agravante efetue as comunicações impostas.

Provê-se parcialmente, diante do exposto, o agravo de instrumento presente!

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, dele participando, igualmente com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto; lavrou parecer, pela colenda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 22 de setembro de 1998.

Orli Rodrigues

PRESIDENTE PARA O ACÓRDÃO

Trindade dos Santos

RELATOR

ANEXO 17.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 97.011870-8
 COMARCA : São José
 DES. RELATOR : Pedro Manoel Abreu
 ÓRGÃO JULGADOR : Quarta Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 08 de outubro de 1998
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 97.011870-8, de São José

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Contrato de compra e venda. Imóvel. Rescisão contratual. Cláusula abusiva. Perda da quantia paga. Impossibilidade. Devolução das parcelas. Arras confirmatórias. Perda. Art. 1.097, CC. Multa contratual e perdas e danos. Exclusão.

A estipulação inserta no instrumento contratual, consignando a perda de 60% das prestações pagas, à luz do Código de Defesa do Consumidor, é abusiva, e portanto maculada pela nulidade, por submeter um dos pactuantes (adquirente), a gravame desmedido. O descabimento dessa estipulação desnuda-se por completo quando perscrutada a natureza do concerto, notadamente de adesão, porquanto consabida a preponderância da vontade da incorporadora à do inerme consumidor.

No contrato de compra e venda de imóvel as arras constituem uma quantia estabelecida para que o contrato se torne obrigatório. Mas se o contratante que pagou o sinal der causa à impontualidade da prestação, ou à resolução do contrato, perdê-lo-á em benefício do outro (STJ, REsp.. n. 13.028-RJ, rei. Min. Waldemar Zveiter).

É irrepreensível a decisão excluindo a multa contratual e as perdas e danos, à

vista da pactuação das arras, perdidas em favor da autora e da inoccorrência de prejuízos, ainda mais em se tratando de edifício em construção, possibilitando que a incorporadora possa vender a mesma unidade a outra pessoa, em melhores condições.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 97.011870-8, da comarca de São José, em que é apelante Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda., sendo apelado Volmir Barcellos:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas legais.

1. Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda. ajuizou ação ordinária de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos contra Volmir Barcellos narrando ter celebrado contrato de compra e venda do apartamento n. 302 do Edifício Via Margutta, sito no bairro Córrego Grande, nesta capital.

Contou que o réu, conquanto notificado judicialmente, absteve-se de pagar as parcelas referentes ao período de outubro de 1994 a março de 1995, o que justificaria a rescisão contratual. Afirmou, outrossim, que o inadimplemento de três prestações mensais configura condição resolutiva, levando à perda do sinal dado, no valor de CR\$ 1.398.366,21, bem como de 60% das parcelas pagas e de multa de 20% sobre o valor do contrato, além da reintegração de posse.

Contestando, o demandado admitiu ter cessado o pagamento das prestações, alegando que fora atingido pela crise econômica nacional.

Embora concorde com a rescisão contratual, anotou que a reintegração de posse pleiteada é inviável porque ainda não ingressou na unidade habitacional, em face da não-conclusão da obra.

No tocante às cláusulas concernentes à perda das arras e de 60% das parcelas pagas, entendeu estarem eivadas de nulidade, porque abusivas. Sustentou, ainda, a nulidade da cláusula relativa à multa contratual de 20%, evocando o Código de Defesa do Consumidor.

Em reconvenção, postulou a declaração de nulidade das cláusulas precitadas e a

devolução das parcelas pagas e do sinal oferecido.

Na seqüência, a autora reconvida manifestou-se acerca da contestação e respondeu à reconvenção.

Entregando a prestação jurisdicional, antecipadamente, o DD. Juiz de Direito, Dr. Jaime Luiz Vicari, julgou procedente, em parte, os pedidos formulados na inicial e na reconvenção, decretando a rescisão do contrato, condenando o réu à perda do que pagara a título de arras e determinando a devolução ao demandado-reconvinte das parcelas adimplidas.

Fundamentando o decisum, o togado observou que as arras constituem uma prefixação da indenização a ser suportada em caso de inadimplemento, sendo devida, portanto, sua perda em favor da demandante. Por outro vértice, propalou a impossibilidade de cumulação da multa contratual com a indenização por perdas e danos.

Por derradeiro, ante à sucumbência recíproca, ordenou a repartição das custas processuais e dos honorários advocatícios em porções equivalentes.

Inconformada com a decisão do juízo monocrático, a autora interpôs recurso de apelação, argumentando, de início, que os honorários não poderiam ter sido partilhados pela metade, pois a sucumbência do apelado teria sido maior.

Aduziu que a reconvenção não poderia ser acolhida porque o reconvinte não formulou pedido de rescisão contratual e que o magistrado omitira-se em apreciar a declaração de nulidade de cláusulas postulada pelo réu. Asseverou, também, que o Código de Defesa do Consumidor veda, tão-só, a perda de todas as prestações pagas.

Contra-arrazoando, o apelado defendeu que a divisão das custas e honorários foi acertada, por conta da sucumbência recíproca, não procedendo a afirmação de que a derrota do recorrido fora maior da que a experimentada pelo recorrente.

Recorrendo adesivamente, o demandado argumentou que o valor de CR\$ 1.398.366,21, perdido em favor da demandante, não corresponde a arras. Ademais, acrescentou que essa importância equivale a 40% do que fora pago, implicando oneração excessiva do consumidor, razão por que requer sua minoração para 10% daquele valor.

2. Nega-se provimento aos recursos.

Examinando o apelo da autora, depreende-se a improcedência da asserção de que a falta de pedido expresso de rescisão contratual, por parte do réu, obstaría a declaração de nulidade de cláusulas contratuais tidas como abusivas.

Efetivamente, o demandado aquiesceu à resolução contratual postulada pela autora, e fê-lo explicitamente (fls. 60), tornando evidente a intenção de pôr cobro ao negócio jurídico. Também assim, o ilustre sentenciante, embora não declarasse expressamente a nulidade das cláusulas increpadas, reputou-as inválidas, à exceção da que previra a perda das arras.

A estipulação inserta no instrumento contratual, consignando a perda de 60% das prestações pagas, à luz do Código de Defesa do Consumidor, é maculada pela nulidade, por submeter um dos pactuantes (adquirente-réu), a gravame desmedido. O descabimento dessa estipulação desnuda-se por completo quando perscrutada a natureza do concerto, notadamente de adesão, porquanto consabida a preponderância da vontade da incorporadora à do inerme consumidor.

É da jurisprudência:

“Compromisso de compra e venda — Perda de prestação paga — Incabimento — Art. 82, CC — Art. 145, II, CC — Art. 51, IV, CDC — Art. 1.097, CC não afastado pelo art. 53, CDC — Cláusula incompatível com a boa-fé e a equidade — Nulidade “Promessa de compra e venda. Cláusula de perda de grande parte das prestações pagas. Nulidade. Sinal ou arras. Perda. De acordo com os arts. 82 e 145, II, do Código Civil (ilicitude do objeto, por propiciar enriquecimento sem causa do promitente-vendedor), e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (obrigação abusiva, colocando o consumidor em exagerada desvantagem, incompatível com a boa-fé e a equidade), é nula a cláusula acessória de perda de grande parte das prestações pagas pelo promitente-comprador (perda de 80% de 10% do que houver pago, de 50% de 10% a 30% do que houver pago, e de 25% de 30% a 70% do que houver pago cumulativamente), inserida em contrato de adesão. O art. 1.097, do Código Civil, não é afastado pelo art. 53, do Código de Defesa do Consumidor. O art. 1.097, do Código Civil, não é afastado pelo art. 53, do Código

de Defesa do Consumidor. Este decreta a nulidade da cláusula de perda das prestações pagas, não do sinal ou arras, que se regem pelo Código Civil.” (TJDF, 3ª T. C., Ap. Cív. n. 36.963, rei. Des. Mário Machado, in DJU de 24.04.96, p. 5960).

No mesmo diapasão:

“Contrato de compra e venda — Imóvel — Rescisão de contrato ipso jure — Cláusula abusiva — Perda da quantia paga — Impossibilidade — Necessidade da devolução das parcelas — Exceção das arras confirmatórias — Art. 1.097, CC.

“Contrato de compra e venda de imóvel — Cláusula abusiva — Resolução ipso jure — Devolução do sinal dado — Sucumbência parcial. É abusiva e, pois, nula a cláusula contratual que prevê a perda, pelo adquirente do imóvel, das quantias pagas, ainda que em percentuais, desde que estes se mostrem exacerbados. Resolvido — ipso jure — o contrato, é-lhe assegurado o direito à devolução do que pagou, devidamente corrigido, exceção das arras confirmatórias (art. 1.097 do Código Civil). Custas pro rata, compensando-se os honorários, em virtude da sucumbência parcial” (TJDF, 1ª T.C., Ap. Cív. n. 31.541, de Brasília, rei. Des. Júlio de Oliveira, in DJU de 29.03.95, p. 3766).

Ainda:

“[...] A devolução das quantias pagas pelo comprador em contrato de compra e venda à prestação inadimplido está agora consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, que veio assentar o entendimento jurisprudencial anterior à sua vigência. Assim, inobstante haja sido a avença estipulada antes da entrada em vigor do CDC, segundo o *princípio* assente de que a ninguém é dado enriquecer sem causa justa, devem as parcelas pagas pelo comprador inadimplente serem a ele devolvidas, corrigidas monetariamente, exceto, evidentemente, aquela pertinente às arras, sem prejuízo do reembolso, ao vendedor, de eventual perdas e danos em face da frustração do negócio” (TJSC, Ap. Cív. n. 88.052404-1 [38.495], de Balneário Camboriú, in DJSC de 01.11.96, p. 10).

Irrepreensível a decisão do juízo a quo, ademais, tocantemente à exclusão da multa contratual e das perdas e danos, à vista da pactuação das arras, perdidas em favor da autora e da inocorrência de prejuízos a esta.

O Edifício Via Margutta, em que se localiza a unidade habitacional negociada, encontra-se, ainda, em fase de construção. Em excerto prestadio ao deslinde do caso sub judice, averbou-se que “Prédio por construir indica que a incorporadora poderá vender a mesma unidade a outra pessoa, sem sofrer prejuízo, podendo até fazê-lo em melhores condições. Não se justifica a perda pelos compromissários compradores, dos valores já pagos” (RT 684/86).

O recurso interposto pelo réu-reconvinte, buscando o reembolso das arras ofertadas também desmerece prosperar, porque, a par de incontroversa a sua existência (fls. 35, cláusula 24, 1.a.), contrasta incontáveis precedentes pretorianos, ad exemplum:

“Contrato de compra e venda — Imóvel — Arras — Impontualidade da prestação — Resolução do contrato

“I — No contrato de compra e venda de imóvel as arras constituem uma quantia estabelecida para que o contrato se torne obrigatório. Mas se o contratante que pagou o sinal der causa à impontualidade da prestação, ou à resolução do contrato, perdê-lo-á em benefício do outro” (STJ, 3ª T., REsp. n. 13.028, do Rio de Janeiro, rel. Min. Waldemar Zveiter, in: DJU de 02.12.91, p. 17.534).

E deste sodalício:

“Compra e venda — Imóvel — Rescisão de contrato — Inadimplemento — Mora caracterizada — Perdas e danos — Indenização — Pagamento de arras — Necessidade — Reintegração de posse — Devolução das prestações pagas.

“Rescisão que se impõe, com perda das arras confirmatórias a título de indenização, por terem os requeridos dado causa à rescisão. Reintegração na posse do imóvel, assegurada, no entanto, a devolução por parte do requerente, das prestações que recebeu” (2ª CC., Ap. Cív. n. 38.075, de Florianópolis, rei. Des. Genésio Nolli, in DJSC de 02.05.94, p. 08).

A pretensão recursal do demandado de que, não se acolhendo o requerimento de devolução do sinal, limite-se a perda a 10% da importância paga também é inconsistente, tendo em vista que a perda das arras pelo contratante causador da resolução da avença está assentada em dispositivo legal expresso (art. 1.097 do Código Civil).

A sentença profligada resolveu com propriedade, outrossim, a questão atinente às custas processuais e aos honorários do patrono, visto que, nada obstante tenha requestado a rescisão do contrato, a condenação à perda das arras e de 60% do valor pago, além de multa contratual, logrou êxito unicamente, em relação aos dois primeiros pedidos.

Por outro ângulo, o réu-reconvinte obteve sucesso ao ver afastadas a perda de 60% do que fora pago e a multa contratual, sendo derrotado, entretanto, no que respeita ao requerimento de devolução das arras pagas.

Dessarte, irrecusável a ocorrência da sucumbência recíproca, a redundar na partição igualitária das despesas processuais e dos honorários de advogado.

3. Por todo o exposto, desprovêem-se ambos os recursos.

Participou da sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. César Abreu.

Florianópolis, 08 de outubro de 1998.

JOÃO JOSÉ SCHAEFER

Presidente com voto

PEDRO MANOEL ABREU

Relator

ANEXO 18.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 98.012587-1
 COMARCA : São José
 DES. RELATOR : Newton Trisotto
 ÓRGÃO JULGADOR : Primeira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 27 de outubro de 1998
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 98.012587-1, de São José.

Relator: Desembargador Newton Trisotto.

CONTRATO - CLÁUSULA ABUSIVA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É abusiva a cláusula contratual que, para a hipótese de distrato, assegura à construtora a opção de devolver os valores pagos somente após a venda da última unidade do empreendimento habitacional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 98.012587-1, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é apelante Ricol Construções e Incorporações Ltda., sendo apelado Volnei Prestes Souza:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, fixar o percentual dos honorários, em 10% (dez por cento).

Custas na forma da lei.

I - RELATÓRIO:

Volnei Prestes Souza ajuizou "ação de rescisão contratual c/c indenização" contra Ricol Construções e Incorporações Ltda.

O litígio decorre do "contrato particular de compromisso de compra e venda de unidade residencial construída em regime de empreitada global a preço reajustável" celebrado pelas partes. Em 18.02.97, os contraentes firmaram "termo de desistência" do negócio. O autor perdeu a quantia paga a título de arras e a ré

obrigou-se a restituir o valor das demais parcelas quitadas, corrigido de acordo com a variação do CUB. No documento, não foi fixada data à restituição.

Com a ação aforada pretende o autor que seja a ré condenada a restituir, de imediato, aquela importância.

Na contestação, a demandada não nega a obrigação de restituir aquela importância. Invoca, no entanto, a aplicação da cláusula contratual que trata da hipótese. De acordo com ela, "as parcelas mensais pagas até o momento da rescisão do presente contrato, somente serão devolvidas ao Promitente Comprador no prazo de 30 (trinta) dias, contados do vencimento da última parcela do financiamento previsto na Cláusula Terceira, no item DO SALDO, devidamente corrigidas pelo CUB (CUSTO UNITÁRIO BÁSICO DA CONSTRUÇÃO CIVIL), ou outro índice que venha a substituí-lo, porém sem juros de qualquer natureza" (sic). Adiante, afirma que, na medida em que os apartamentos dos desistentes são revendidos, tem antecipado a devolução das quantias por eles pagas. Esclareceu que 205 (duzentos e cinco) contratos foram cancelados, restando, para revenda, apenas 32 (trinta e duas) unidades e que o "requerente é o 48º da lista, em face da rescisão celebrada em 18.02.97, fato que reduz o prazo de espera da devolução para a data de junho de 2001, devidamente atualizados pelo CUB".

Rebatida a defesa, o Dr. Osiris do Canto Machado julgou procedente o pedido. Fê-lo ao argumento de ser nula, face ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, a cláusula mencionada pela contestante.

A vencida interpôs apelação, reeditando nela os argumentos expendidos na contestação.

O apelado propugna a confirmação do decisum. Pede que seja a apelante condenada a pagar multa por litigância de ma-fé.

II - VOTO:

1. No artigo 51, inciso IV, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que "são nulas de pleno direito", entre outras, as cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade".

Equidade, segundo Aurélio Buarque de Holanda, é a "disposição de reconhecer

igualmente o direito de cada um"; é o "conjunto de *princípios* imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo", o "sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal".

A respeito da quaestio, ensinam Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves:

"O conceito de cláusula iníqua cinge-se à idéia de justiça, de tal forma que será nula a obrigação injusta, desproporcional, abusiva, afrontosa da equidade que deve reger o negócio.

A desvantagem exagerada a desfavor do consumidor se presume quando ofenda o sistema jurídico próprio, restrinja direitos ou obrigações atinentes ao contrato ou onere excessivamente o consumidor" (Manual do direito do consumidor, Forense Universitária, 1994, págs. 102/103).

Cláudia Lima Marques preleciona:

"O inciso IV do art. 51 combinado com o § 1º deste mesmo artigo constitui, no sistema do CDC, a cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo. O inciso IV, de nítida inspiração no § 9º da lei alemã, proíbe de maneira geral todas as disposições que 'estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade'. As expressões utilizadas, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz; caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inciso IV do art. 51, a almejada justiça e equidade contratual. A norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que é complementada pelo disposto no § 1º do mesmo artigo 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51" (*Contratos no código de defesa do consumidor*, RT, 1992, p. 174).

A toda evidência, é absolutamente iníqua a cláusula inserida no contrato, pela qual "as parcelas mensais pagas até o momento da rescisão do presente contrato, somente serão devolvidas ao Promitente Comprador no prazo de 30 (trinta) dias, contados do vencimento da última parcela do pagamento, devidamente corrigido,

porém sem juros de qualquer natureza" (cláusula nona, § 1º).

Em caso que guarda relativa similitude com o acima retratado, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Ao limitar a cinco dias a internação em UTI, conferindo exclusivamente ao Convênio Médico a possibilidade de prorrogação desse prazo, sem sequer fixar-lhe um critério para isso, a disposição contratual guerreada mostra-se de um lado como exagerada vantagem para a demandada prestadora de serviços, e, de outro ângulo, é verdadeira a restrição de direito que decorre naturalmente de um ajuste. Portanto, isto estabeleceu uma desvantagem exagerada para o conveniado, impondo-se a nulidade da cláusula também com apoio no art. 51, IV do CDC" (RT 707/73).

2. A construtora foi condenada a pagar honorários advocatícios. Por equívoco, o MM. Juiz deixou de estabelecer o quantum. Nessa hipótese, tenho que a omissão pode ser sanada de ofício. Os *princípios* da instrumentalidade e da eficácia do processo como meio de realização do direito autorizam essa solução.

Acerca do tema já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis" (REsp. n. 1.561, RT 659/183).

"Segundo proclamou o recente IX Congresso Mundial de Direito Processual, é em dispositivo do nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade" (REsp. n. 7.184, RT 683/183).

3. Na conduta processual da apelante, não vislumbro elementos caracterizadores da litigância de má-fé.

4. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso e, de ofício, arbitro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor devido ao autor.

III - DECISÃO:

Nos termos do voto do relator, negaram provimento ao recurso e, de ofício,

fixaram o percentual dos honorários em 10% (dez por cento).

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Orli Rodrigues.

Florianópolis, 27 de outubro de 1998

Carlos Prudêncio

PRESIDENTE COM VOTO

Newton Trisotto

RELATOR

ANEXO 19.

TIPO DE PROCESSO : Apelação cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 98.013705-5
 COMARCA : Capital
 DES. RELATOR : Carlos Prudêncio
 ÓRGÃO JULGADOR : Primeira Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 10 de novembro de 1998
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação cível n. 98.013705-5, da Capital.

Relator: Des. Carlos Prudêncio.

AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o deslinde desta é satisfeito com o conjunto documental constante dos autos, nos termos do art. 330, I, do CPC.

CONTRATO DE COMPROMISSO DE PERMUTA DE TERRENO POR ÁREA NELE CONSTRUÍDA. ATRASO NA EDIFICAÇÃO DA OBRA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO SEU ART. 51.

Existindo no contrato de compromisso de permuta de terreno por área nele construída evidente obrigação de empreitada com prazo final legalmente fixado, resta notória a relação de consumo existente entre as partes, consubstanciada no fornecimento do serviço de construção civil. Em assim sendo, as partes permutantes que não têm a seu favor a obra concluída no prazo previsto podem evidentemente exigir indenização pelos prejuízos, sob pena de configurar-se o enriquecimento ilícito.

ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. PLANOS ECONÔMICOS.

INVIABILIDADE.

A justificativa de dificuldades financeiras no que tange aos prazos previstos contratualmente para com o atraso de entrega de obra é inaceitável no seio pretoriano, pois é sabido que o surgimento de planos econômicos não tem sido novidade em nosso País nos últimos anos.

CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA PREVISTA NO CONTRATO. PREVISÃO EXPRESSA, OUTROSSIM, DAS PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Distinguem-se a cláusula penal moratória e compensatória em virtude de aquela decorrer de inadimplemento relativo e conseqüente mora advinda do cumprimento defeituoso do contrato, ao passo que esta última é uma pré-avaliação das perdas e danos expressa e livremente pactuadas entre os contratantes.

Se as partes prejudicadas com o atraso de conclusão de obra pretendem não a rescisão do contrato mas uma indenização pelos prejuízos, evidente é o caráter relativo do inadimplemento e, portanto, moratória é a cláusula da avença que fixa multa para o caso de mora na entrega da obra. Destarte, perfeitamente possível a cumulação da cláusula penal moratória com as perdas e danos também previstas à parte no contrato, porque não trata aquela espécie de cláusula compensatória dos prejuízos.

Não se pode, aliás, admitir que uma multa contratual represente a pronta reparação de eventuais danos quando comprovadamente estes vão muito além da multa pactuada, o que torna inconteste a possibilidade da cumulação da cláusula penal moratória com perdas e danos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 98.013705-5, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Cacupé Administradora de Imóveis Ltda., sendo apelados Zilda Cayres Beber e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar suscitada e negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I — RELATÓRIO

Zilda Cayres Berber, Sady Berber e sua esposa Araci da Silva Beber, Saulo

Cayres Berber e Sérgio Cayres Berber ajuizaram ação ordinária de cobrança c/c indenização contra Cacupé Administradora de Imóveis Ltda., alegando, em síntese, que através de contrato de compromisso de permuta obrigaram-se a ceder sua posse em caráter precário à ré para que ela administrasse e nele construísse um empreendimento residencial, devendo os mesmos receber como pagamento cinco unidades desta construção. Aduziram que a ré se obrigou a concluir as obras até novembro de 1994, entretanto, entregou as chaves no final do mês de fevereiro de 1996.

Requereram o pagamento de multa de R\$ 55,00 por dia, equivalente ao valor do aluguel que aufeririam com as unidades a que faziam jus, no período de 01.01.95 a 01.03.95, mais as perdas e danos sofridas na temporada de 1996. Ao final, postularam a condenação do réu no pagamento do valor de R\$ 32.450,00 mais juros e correção, referentes à cláusula penal prevista em contrato e indenização pelos prejuízos sofridos.

A ré contestou, alegando, preliminarmente, carência de ação por falta de notificação prévia e defeito de representação. No mérito, refutou os argumentos da exordial.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de R\$ 16.225,00 acrescido de juros e correção, a título de cláusula penal e de R\$ 16.225,00, corrigidos, a título de indenização pelo ilícito, o que importou no total de R\$ 32,450,00. Condenou-a, também, ao pagamento das custas processuais e honorários, fixados em 20% sobre o valor da causa.

Irresignada, apela a ré, aduzindo, primeiramente, que lhe foi cerceado seu direito de defesa, pois pretendia produzir prova pericial. Argumenta ser inaplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor e que os autores não provaram sua culpa pelo atraso na entrega da obra. Afirma, também, não ser possível cumular-se cláusula penal com perdas e danos e requer o provimento do recurso.

Contra-arrazoado o apelo, os autos subiram a este eg. Sodalício.

II — VOTO

1 — PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Improcede, a título de preambular, o alegado cerceamento de defesa da recorrente Cacupé Administradora de Imóveis.

Tratam os autos de ação de cobrança c/c indenização relativamente à construção de prédio residencial e permuta de imóvel em que nenhuma das partes nega a existência do contrato, controvertendo-se a demanda, primordialmente, no que toca aos prejuízos advindos para as partes com o atraso na entrega da obra.

Assim, tem-se como despicienda prova pericial ou testemunhal, porquanto os autos ilustram prova documental suficiente e certa à solução da lide. Outrossim, mesmo que admitida fosse a ouvida de testemunhas, o processo possui suporte escrito e fático suficiente para a decisão, conforme se vislumbrará na análise do mérito.

Nelson Nery Júnior, in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. RT, 1996, p. 796, ensina:

“Se o juiz aceitar suficientes as provas documentais apresentadas e dispensar as orais, a tendência é de que a lide seja julgada antecipadamente (CPC 330 I). O exame do caso concreto é que fornecerá ao juiz, nos termos do CPC 131, condições de avaliar a conveniência ou não da dispensa da prova a ser realizada em audiência”.

A propósito já se decidiu:

“Tratando-se de questão de mérito, de direito e de fato, sem necessidade de prova em audiência, a entrega da prestação jurisdicional nos termos do item I, do art. 330, CPC, não caracteriza cerceamento de defesa” (JC 60/188, Rei. Des. Francisco Oliveira Filho).

2 — MÉRITO

a) Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Aplicável, in casu, o Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que quer fazer crer a ré apelante Cacupé Administradora de Imóveis, a uma porque é evidente que o contrato de compromisso de permuta firmado entre as partes, a fls. 19, envolve avença de empreitada, e a duas porque notória a relação de consumo, consubstanciada no fornecimento do serviço de construção civil. A cláusula n. 2 do referido contrato dispõe que: “A 2ª permutante, empresa administradora de

imóveis, administrará sobre o imóvel descrito na cláusula 1ª a construção de um edifício para fins residenciais, enquanto os 1ºs permutantes receberão em troca do referido imóvel cinco apartamentos contendo cada um deles um dormitório, um banheiro, sacada, sala para dois ambientes e cozinha, com área real privativa mínima de 40m² [...]"

O Código do Consumidor reza em seu art. 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

"II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

[...]

"IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé."

Nelson Néry Jr., comentando o tal dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (in: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991) preleciona:

"Em vários dispositivos o Código confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas, total ou parcialmente, dependendo do caso. As cláusulas contratuais que subtraem do consumidor esse direito, são inválidas conforme estabelece a norma comentada. Quando, *exempli gratia*, o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto no art. 49, parágrafo único do CDC, tem o direito de ver-se reembolsado das quantias eventualmente pagas, imediatamente e monetariamente atualizadas, de acordo com os índices oficiais.

"A regra incide quando o direito de reembolso ou devolução das quantias pagas estiver assegurado pelo código. Veda-se a cláusula, também, por importar disposição de direitos (Art. 51, I, CDC)."

3 — Culpa pelo atraso da obra

Em se tratando de contratos bilaterais, como o presente, em que a apelante se obrigou a concluir a obra até novembro de 1994, a parte lesada pode requerer

indenização com perdas e danos ou pode exigir o cumprimento da obrigação pela parte inadimplente, executando, assim, o contrato, mesmo que o inadimplemento tenha sido parcial ou total.

Destarte, basta que uma das partes descumpra cláusula contratual, não satisfazendo a obrigação assumida no instrumento, para que o prejudicado possa requerer uma das alternativas supra, como ocorre no caso presente de atraso de entrega da obra, que já se tornou alvo comum nos pretórios.

Havendo prazo previsto para a conclusão da obra, sem que a mesma tenha sido adimplida, o decurso desse prazo, por si só, constitui, de pleno direito, em mora o construtor, nos termos do art. 960 do CC.

A propósito, decidiu esta Câmara, ex vi da Ap. Cív. n. 49.244, de São José, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, in: DJ de 14.11.95:

“A bilateralidade do contrato exige que as duas prestações sejam simultaneamente cumpridas. Inobservada a reciprocidade, a parte lesada está autorizada a clamar a rescisão. Ocorrendo impossibilidade de financiamento da unidade habitacional por fato estranho ao adquirente, mas de responsabilidade do vendedor, o desfazimento da avença é a solução mais adequada, com a restituição atualizada das quantias pagas, acrescidas de juros a partir da citação”

No mesmo tom, a Apelação cível nº 96.006836-8, de Itajaí, rei. Des. Eder Graf, publicado DJE de 17.10.96:

“Se a obra não foi sequer iniciada no prazo previsto para sua conclusão, responde a empreiteira pelas conseqüências do seu inadimplemento, ainda mais que não demonstrou a ocorrência de qualquer fato que pudesse justificar o atraso e elidir sua responsabilidade perante os adquirentes do apartamento”.

Ou então, do mesmo relator, colhe-se a Apelação cível n. 97.003714-4, da Capital, julgada em 05.08.97:

“Se o vendedor não cumpriu a obrigação assumida, deixando de entregar a obra no prazo contratualmente estipulado, não pode, sob a alegação de que o comprador não providenciou o financiamento da unidade junto ao agente do SFH, pretender a rescisão do contrato e o recebimento de indenização por perdas e danos.

“A implantação de novo plano econômico pelo governo federal não caracteriza caso fortuito ou força maior a elidir a responsabilidade da empresa construtora pela entrega da unidade transacionada no prazo avençado”.

O não cumprimento da obrigação por parte do construtor, sem concorrência de culpa dos autores apelados Zilda Berber e outros resulta em evidentes prejuízos para estes, que devem, como ressaltado na sentença, por obrigação, ser indenizados pela apelante Cacupé, que se tornou inadimplente.

Extraí-se dos autos, como fatos incontroversos, que a apelante atrasou a execução e entrega das obras sob o fundamento de dificuldades econômicas, que é inaceitável, pois o surgimento de planos econômicos não tem sido novidade em nosso País nos últimos anos.

Desta Primeira Câmara Civil, já deixou consignado o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, na Apelação cível n. 48.831, de São José, publicada DJE de 22.09.97:

“Os contratos de empreitada impõem-se cumpridos estritamente nos moldes avençados, mormente no que tange ao prazo previsto para a conclusão dos trabalhos. Ultrapassado o prazo estabelecido, incidirá a empreiteira em inexecução contratual. E se, em razão dessa inexecução contratual, aquela que contratou os serviços vê-se obrigada a contratar os préstimos de terceiros para concluir os mesmos trabalhos, tendo, demais disso, que arcar com encargos extraordinários vinculados ao financiamento da obra, patente é a responsabilidade da empreiteira quanto ao ressarcimento desses prejuízos, pois, somente com ele, restará recomposta a situação econômica que estaria sendo refletida, acaso a prestação houvesse sido atempadamente cumprida”.

Ou ainda: “Violado termo essencial da avença, como a não entrega do imóvel no prazo pactuado, impõe-se a devolução ao comprador dos valores pagos” (Ap cív n. 46.535, de São José, Rel. Des. Alcides Aguiar, publicado DJE de 17.11.95).

Não comprovou a ré apelante Cacupé, outrossim, eventual culpa por parte dos apelados ou o caso fortuito ou força maior que pudessem impedir, efetivamente, a conclusão da obra no prazo contratualmente previsto. Aliás, é impossível, em nosso País, qualificar-se a Inflação ou um plano econômico como ‘acontecimento imprevisto e imprevisível’. De há muito convivemos com um regime econômico

absolutamente instável, com a inflação ao sabor dos variados planos econômicos.

Neste sentido, também, a Ap. civ. 46.702, da Capital, de minha lavra.

No que tange à alegação de que os autores apelados deveriam comprovar a sua culpa, esta também improcede, porquanto aplicável à hipótese a responsabilidade objetiva, e conseqüente inversão do ônus da prova previsto no Código do Consumidor.

4 — Cumulação da cláusula penal com perdas e danos

A cláusula n. 10 do contrato em exame, denominado contrato de compromisso de permuta de terreno por área nele construída, prevê, a fls. 21, que “o descumprimento do presente contrato, obrigará a parte culpada no pagamento de perdas e danos eventualmente sofridas, inclusive com relação aos terceiros condôminos que aderirem ao empreendimento.

A cláusula 4ª do contrato, parágrafo único, por sua vez, estabelece que “o não cumprimento do prazo de entrega previsto nesta cláusula implicará ao segundo permutante no pagamento ao primeiro permutante de uma multa equivalente ao valor do aluguel que o mesmo auferiria com as unidades a que faz jus, no período de 01.01.95 a 01.03.95”.

Antes de analisar-se efetivamente a hipótese presente, necessário é delinear os contornos da cláusula penal, sobre a qual Carvalho Santos já escrevera:

“No sistema do nosso Código, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos. Mas, sendo certo que a liberdade, no conceito do direito moderno, não é irrestrita, tendo, ao invés, limites que lhe são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade da convenção, na espécie, ficou delimitada na lei, ao não permitir que as partes convencionem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XI, pág. 361, edição 1935).

Orlando Gomes, a seu turno, sustenta que a cláusula penal pode ser prevista para a “inexecução do contrato”, ou para a “infração de uma de suas cláusulas”, ou para a “simples mora”, respeitado, entretanto, o valor da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano, nos termos do art. 920 do CC. Isso porque é certo

que as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a em valor representativo das perdas e danos, entretanto, tal liberdade não é irrestrita, porquanto não pode exceder o valor da obrigação principal, o que ocorreu na questão ora em litígio.

Também, diz Arnold Wald:

“A cláusula penal é um pacto acessório regulamentado pela Lei Civil (arts. 916 a 927 do Código Civil), pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor que descumprir a obrigação a uma pena ou multa no caso de mora (cláusula penal moratória) ou de inadimplemento (cláusula penal compensatória). A cláusula penal constitui uma medida coercitiva e intimidativa, funcionando também como prefixação dos prejuízos, independentemente da prova que dos mesmos for apresentada” (*Obrigações e Contratos*, RT, 1979, 51. ed., p. 104).

O art. 921 do CC, por outro lado, é enfático: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora”.

Vê-se, primeiramente, que da leitura conjunta das cláusulas 10 e 4ª, parágrafo único do contrato em questão, as partes convencionaram expressamente a cumulação da cláusula penal (cláusula n. 4) e das perdas e danos (cláusula n. 10).

Não é demais ressaltar que os autores apelados pretenderam, nesta demanda, não a rescisão contratual decorrente do inadimplemento absoluto da obrigação da ré apelante Cacupé, mas sim a indenização dos prejuízos causados com o inadimplemento relativo da obrigação desta, e conseqüente mora, advindos do atraso da entrega da obra. Portanto, a cláusula 4ª, parágrafo único, do contrato, prevê a hipótese de cláusula penal moratória, pois não é o caso, aqui, de inadimplemento absoluto da obrigação da apelante Cacupé. Então, esta multa contratualmente prevista não pode ser confundida com a cláusula penal compensatória, que é aquela devida a título de pré-avaliação das perdas e danos sofridos. Dito isto, aliado à redação da cláusula 10ª da avença em questão, entende-se possível a cumulação da cláusula penal moratória com as perdas e danos porque, repita-se, não trata a espécie de cláusula penal compensatória dos

prejuízos.

Portanto, a reparação do dano causado é obrigação também assumida contratualmente “in casu”, ou seja, as partes estabeleceram um termo de compromisso que deve ser cumprido, independente da existência da cláusula que estabelece uma multa decorrente da mora da recorrente Cacupé, porque senão não se conclui o pactuado, gerando, necessariamente, um enriquecimento ilícito por parte do que não cumpriu a obrigação.

Não se pode, aliás, admitir que em uma situação como esta, uma multa contratual represente a pronta reparação de eventuais danos quando comprovadamente estes danos vão muito além da multa pactuada.

Em segundo, colhendo-se novamente os ensinamentos de J. M. Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 9. ed., v. 11, p. 332 - 333) o seguinte:

“3 - Terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal. Explica-se a razão: a pena foi estipulada visando a mora, ou a inexecução de uma determinada cláusula do contrato, não podendo, portanto, traduzir a avaliação de todas as perdas e danos, resultantes da inexecução da obrigação, ou, em termos mais expressivos, não poderá ela representar o equivalente da execução, mas, sim, como explica CARVALHO DE MENDONÇA, a compensação do prejuízo sofrido pelo credor com a espera, e, para satisfazer tal fim, parece absurdo que pudesse vir atacar o direito à prestação principal (cf. ob. cit., n. 205). Se se trata da inexecução de uma cláusula especial do contrato, claro que a inexecução não foi completa, não podendo, por conseguinte, ser ao caso aplicada a regra estatuída para esta última hipótese, tanto mais quanto a pena equivale, aí, tão-somente, à indenização das perdas e danos parciais, resultantes do inadimplemento da cláusula violada.

“A obrigação, entretanto, continua a subsistir e pode ser exigida, juntamente com a pena convencional, por isso que, representando esta prejuízo do não cumprimento da cláusula a que se refere, este prejuízo não desaparece nem é apagado com a execução posterior da obrigação.

“É nisso precisamente que a cláusula penal moratória se distingue da cláusula penal compensatória, como sustenta a melhor doutrina, ao ensinar que as perdas

e danos moratórios têm por caráter essencial serem cumulados necessariamente com a execução efetiva da obrigação”.

Nestes termos, vale-se do ensinamento contido na Apelação cível n. 33.061, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Cid Pedroso:

“A pena nasce de uma estipulação contratual visando a mora, ou a inexecução de uma determinada cláusula do contrato, não podendo, portanto, traduzir a avaliação de todas as perdas e danos, resultantes da inexecução da obrigação”.

III — DECISÃO

Ante o exposto, afastada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos. Emitiu parecer oral, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 10 de novembro de 1998.

CARLOS PRUDÊNCIO

Presidente e Relator

ANEXO 20.

TIPO DE PROCESSO	: Apelação Cível
NÚMERO ACÓRDÃO	: 96.011817-9
COMARCA	: Lages
DES. RELATOR	: Solon d'Eça Neves
ÓRGÃO JULGADOR	: Câmara Cível Especial
DATA DECISÃO	: 18 de novembro de 1998
PUBLICADO NO DJESC	:

Apelação Cível n. 96.011817-9, de Lages

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação Cível — Embargos do devedor — Execução de valores de contrato de honorários advocatícios — Cláusulas abusivas, mesmo que assinadas pelo cliente — Reconhecimento de nulidade — Possibilidade — Inocorrência de julgamento extra petita — Incidente de embargos procedente, e, por consequência, extinta a execução — Recurso desprovido

“As questões de ordem pública, como as relativas a nulidades, devem ser conhecidas de ofício, independentemente de provocação da parte, ou interessado, podendo ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido” (Ap. Cível n. 36.223, da Capital, rel. Des. Pedro Abreu, julgada em 22/11/94).

Por força do contido nos artigos 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC, nos contratos de honorários advocatícios que contenham cláusulas consideradas abusivas, é dever do Juiz reconhecer e decretar sua nulidade, independentemente de provocação da parte, porquanto trata-se de matéria de ordem pública e, por isso, não se caracteriza o julgamento extra petita.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 96.011817-9, de Lages em que é apelante Ercelino Hercílio de Souza, sendo apelado Vanderlin

das Neves Camargo.

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Ercelino Hercílio de Souza ajuizou na comarca de Lages (2ª vara), ação de execução contra Vanderlin das Neves Camargo, objetivando cobrar-lhe a importância Cr\$ 148.955.000,00 (cento e quarenta e oito milhões, novecentos e cinquenta e cinco mil cruzeiros), representada por 04 (quatro) contratos de honorários advocatícios com os seguintes valores e vencimentos: contrato I, no valor de Cr\$ 1.500.000,00 e vencimento em 20.06.92; contrato II, no valor de Cr\$ 113.000.000,00 e vencimento em 02.07.92; contrato III, no valor de Cr\$ 12.000.000,00 e vencimento em 06.09.92 e; contrato IV, no valor de Cr\$ 22.455.000,00 e vencimento em 15.11.92.

Requeru a citação pessoal do executado, para pagar o principal, acrescido da cláusula penal ajustada em 30%, mais atualização monetária, juros moratórios convencionais de 12% ao ano, custas processuais e honorários advocatícios à razão de 20% sobre o valor da causa.

Citado e seguro o juízo, o executado opôs embargos alegando, que reconhece tão-somente a dívida de Cr\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil cruzeiros) referentes ao contrato I, porquanto os quarenta (40) sacos de milho já foram entregues; que no contrato II, os 10% devidos ao embargado devem incidir sobre o quinhão do embargante e não sobre o total dos seus bens; no contrato III, está sendo cobrado 5% do que couber ao embargante, todavia, o exeqüente atuou limitadamente (redigiu petições) não sendo mais seu advogado no inventário que tramita na 3ª Vara da comarca de Lages; que no contrato IV está sendo cobrado o total dos honorários, como se os processos estivessem findos, mas na verdade o processo tramita na 3ª Vara, da comarca de Lages e o exeqüente não é mais seu advogado.

Requeru a desconstituição das relações jurídicas avençadas.

O embargado apresentou impugnação alegando, preliminarmente, que não foram observados os requisitos inerentes à petição inicial; inépcia da inicial; no mérito

que sustentou a força executiva dos títulos que instruem a execução; a falta de fundamentação jurídica dos embargos; a quebra dos deveres processuais, abuso de direito e litigância de má-fé.

Requeru a extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou vencidas as preliminares pretende, que no mérito, sejam rejeitados os embargos, julgando-se antecipadamente a lide. Pediu a condenação do embargante ao pagamento de indenização por perdas e danos processuais.

Juntou documentos de fls. 63/433.

Sobre a impugnação manifestou-se o embargante (fls. 435/437), juntando documentos de fls. 438/444.

Replicou o embargado (fls. 446/448).

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito afastou as preliminares e julgou procedentes os embargos para com fundamento nos arts. 39, IV, V; 49; 51, IV, § 1º, I, II e III; 52, §§ 1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor, declarar nulas as cláusulas de n. 02 (dois), 05 (cinco) e 08 (oito) dos contratos que embasam a execução, a qual resta extinta por ausência de certeza, liquidez e exigibilidade.

Condenou, ainda, o embargado ao pagamento de custas processuais do dois feitos e honorários advocatícios arbitrados nos termos do § 4º, do art. 20, do CPC, em 10% sobre o valor atribuído à execucional, devidamente corrigido a partir do aforamento.

Inconformado, apelou o vencido alegando, preliminarmente, que não foram observados os requisitos inerentes à petição inicial (falta de qualificação das partes — art. 282, II, do CPC); falta de menção aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido e inexistência de relação lógica entre a narração daqueles e o pedido (art. 282, III, do CPC), não permitindo à parte contrária contestá-la de forma ampla e irrestrita, ocasionando cerceamento de defesa; falta de valor à causa; que houve julgamento extra petita, porque decidiu tema não provocado, por isto a sentença é nula; no mérito que o juiz não poderia ter afastado a autonomia da vontade dos contratantes, porque tratando-se de contrato de honorários advocatícios, as partes tiveram liberdade de discutir e pactuar a remuneração; que não poderia ter realizado, de ofício, a revisão das cláusulas contratuais, por violar os *princípios* do

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; que as cláusulas segunda, quinta e oitava não possuem qualquer vício, porquanto não são leoninas, não contêm exageros e tampouco são abusivas, por isto, não são nulas; que o art. 22 do Estatuto da Advocacia assegura “o direito aos honorários convencionados”, porque devidos em razão da prestação de serviço pactuado, além de se constituírem em verba de natureza alimentar; que os contratos de honorários advocatícios não se igualam e tampouco se equiparam aos contratos de prestação de serviços, porque não encerram uma “obrigação de resultado”, não podendo serem submetidos ao Código de Defesa do Consumidor; que houve litigância de má-fé por parte do embargante, devendo ser condenado na indenização por perdas e danos processuais.

Requeru a rejeição dos embargos, mantendo-se hígidas as cláusulas segunda, quinta e oitava, com a subsistência da penhora e o prosseguimento da execução; a condenação do embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a base de 20% sobre o valor da causa e, por último, que seja também condenado a indenizar as perdas e danos processuais, no correspondente a 20% sobre o valor da causa devidamente corrigido, nos termos do artigo 18 do CPC.

É o relatório.

1- Quanto as preliminares argüidas: a) falta de qualificação das partes; b) falta de menção aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido e inexistência de relação lógica entre a narração daqueles e o pedido; c) ausência de valor da causa, não merecem subsistir.

O tema aliás, restou bem apreciado pela sentença recorrida da lavra do ilustre Dr. Henry Goy Petry Júnior:

“Improcedem.

“A de inobservância dos requisitos à inicial, porque a mesma, não obstante não seja, efetivamente, um primor, está longe de padecer de vícios a determinar a extinção pretendida. Quanto a qualificação das partes, de se consignar sua importância quando se desconhece as características dos litigantes, o que aqui não ocorre haja vista foram qualificados na execução. O mesmo acontece com o

valor da causa, mencionado depois fls.436, porquanto do conhecimento de todos que o mesmo da executiva, obrigatoriamente. Tocante os fatos e fundamentos do pedido, ressalto que constam da inaugural, propiciando ampla defesa — o que, aliás, efetivou-se —, não havendo, portanto, extinção a ser lançada. Ademais, o que enseja indeferimento da inicial é a ausência de narrativa dos fatos ou de fundamentação do pleito, mas não a sua deficiente descrição. Mais. Cumpre ao juiz o enquadramento legal (RSTJ 48/136).

“Não há, por outro lado, inépcia a reconhecer. O petitório de abertura, como dito, observa os requisitos dos arts. 282 e 295, § único, do CPC. Há congruência entre a causa de pedir e o pedido. E este, invocada a expressão ‘desconstituída’ (fls. 04), visa inegavelmente a extinção da obrigação.”

À decisão do digno magistrado acresça-se o seguinte:

a) falta de qualificação das partes:

Na inicial dos embargos consta: “VANDERLIN DAS NEVES CAMARGO, aqui denominado embargante, na execução que lhe move ERCELINO HERCÍLIO DE SOUZA, aqui denominado embargado, processo n. 83/95, [...]”.

Ora, ao se referir ao processo de execução n. 83/95, que lhe move o exeqüente, cuja cópia acompanha os embargos, onde as partes estão devidamente qualificadas, desnecessário se torna que, novamente, sejam individualizadas com suas mínimas características, porquanto o exeqüente, à toda evidência, deveria ter conhecimento do processo que ele próprio ajuizou, assim como conhece o magistrado, porque os embargos a ele fazem referência e, ademais, o Dr. Juiz de Direito não poderia pronunciar-se se não o tivesse analisado.

b) falta de menção aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido e inexistência de relação lógica entre a narração daqueles e o pedido:

O argumento de que não foram mencionados o fato e os fundamentos jurídicos do pedido e de que de sua narração não decorreu relação lógica com o pedido (art. 282, III, do CPC), e por isto, não lhe permitiu contestá-la de forma ampla e irrestrita, é também inconsistente.

A respeito do assunto, NELSON NERY JÚNIOR E ROSA MARIA ANDRADE NERY, comentaram:

“Fundamentos de fato. Compõem a causa de pedir próxima. É a ameaça ou a violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Daí porque a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido.

“Fundamentos jurídicos. Compõem a causa de pedir remota. É o que, mediatemente, autoriza o pedido. O direito, o título, não podem ser a causa de pedir próxima porque enquanto não ameaçados ou violados, não ensejam ao seu titular o ingresso em juízo, ou seja, não caracterizam per se o interesse processual primário e imediato, aquele que motiva o pedido” (*“Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor”, São Paulo, RT, 1997, p. 566 - 567*).

O embargante opôs os embargos dizendo, em resumo, que: reconhece tão-somente a dívida de Cr\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil cruzeiros) referentes ao contrato I, porquanto os quarenta (40) sacos de milho já foram entregues; que no contrato II, os 10% devidos ao embargado devem incidir sobre o quinhão do embargante e não sobre o total dos seus bens; no contrato III, está sendo cobrado 5% do que couber ao embargante, todavia, o exeqüente atuou limitadamente (redigiu petições) não sendo mais seu advogado no inventário que tramita na 3ª vara da comarca de Lages; que no contrato IV está sendo cobrado o total dos honorários, como se os processos estivessem findos, mas na verdade o processo tramita na 3ª vara, da comarca de Lages e o exeqüente não é mais seu advogado.

Requeru a desconstituição das relações jurídicas avençadas (obrigacional e executiva).

Verifica-se, portanto, que os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido restaram narrados pelo embargante, bem como surge em decorrência disto, uma relação lógica entre os fatos e o pedido; ademais foram contestados de forma ampla e irrestrita, porquanto além de argüir, como preliminares, o não cumprimento dos requisitos do art. 282, do CPC, no mérito, investiu contra cada ponto apresentado nos embargos, os quais dizem respeito aos contratos em execução.

d) ausência de valor da causa:

A falta de atribuição de valor à causa foi suprida às fls. 437. Ademais, é cediço que em se tratando de embargos do devedor, o valor da causa corresponderá ao valor da execução.

O Superior Tribunal de Justiça, a respeito, decidiu:

“Processual Civil. Embargos do devedor. Valor da causa. Omissão.

“A ausência de expressa indicação do valor da causa, em embargos do devedor, não rende ensejo à extinção do processo sem o julgamento do mérito, mormente quando não foi concedido ao autor a oportunidade para sanar tal irregularidade, consoante preceitua o art. 284 do CPC” (REsp.. 43.342-8-RJ, rel. Min. Cláudio Santos, in RSTJ 77/172).

Colhe-se do corpo do acórdão:

“Aliás, a jurisprudência do antigo Egrégio Tribunal Federal de Recursos firmou o entendimento de que o valor da causa, nos embargos de devedor, corresponde ao da execução. Assim colocada a questão, não há obrigatoriedade para o Embargante em atribuir valor aos embargos, porque essa omissão pode ser suprida por uma simples consulta aos autos da execução.”

2 - O fato de o Dr. Juiz de Direito ter analisado e declarado nula cláusulas contratuais, entendendo-as abusivas e contrárias ao direito, não caracteriza julgamento extra petita, porquanto, além de terem sido apreciadas dentro dos limites propostos, o juiz poderia fazê-lo de ofício.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, comentaram:

“As questões de ordem pública devem ser conhecidas ex officio (v.g., CPC 267 § 3º, 301 § 4º), independentemente de pedido da parte ou interessado. As questões de direito indisponível, como por exemplo as de família, de direitos difusos (meio ambiente, consumidor, etc.), podem ser investigadas no processo de ofício. O juiz, por exemplo, pode declarar nula determinada cláusula contratual, mesmo sem a requisição da parte, e até contra a sua vontade, porque o vício da nulidade é proclamável de ofício.

“As questões de ordem pública podem ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido. Só a nulidade do casamento não pode ser

declarada de ofício, incidenter tantum no processo, porque para tanto a lei exige expressamente a propositura de ação (RT 494/176)” (ob. cit. p. 128).

Nesta Corte:

“As questões de ordem pública, como as relativas a nulidades, devem ser conhecidas de ofício, independentemente de provocação da parte ou interessado, podendo ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido” (Ap. Cív. n. 36.223, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

3 - Quanto à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de honorários advocatícios, do mesmo modo, não assiste razão ao apelante.

Cláudia Lima Marques, comentou:

“Do exame dos arts. 2º e 3º do CDC, que definem os agentes contratuais, consumidor e fornecedor de produtos ou serviços, podemos concluir que as normas do Código estabelecem um novo regime legal para todas as espécies de contratos (exceto os trabalhistas) envolvendo consumidores e fornecedores de bens ou serviços, não importando se existe lei específica para regulá-los (como o contrato de locação), pois as normas de ordem pública (art. 1º) do CDC estabelecem parâmetros mínimos de boa-fé e transparência a serem seguidos obrigatoriamente no mercado brasileiro” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 1995, p. 116).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, comentaram:

“Boa-fé. Contrato de honorários advocatícios

‘Advogado que recomenda providência judicial onerosa para o cliente e benéfica a ele, estipulando-a no contrato de honorários, age com deslealdade, violando o *princípio* da boa-fé contratual, consagrado genericamente no Código Civil e, especificamente no Projeto de Código Civil de 1975 (art. 422) e no Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III e 51, IV). Nulidade do pacto e procedência dos embargos à execução’ (TARS, 9ª Câm. Civ. , Ap. 194045472, rei. Antônio Guilherme Tanger Jardim, v.u., j. 26/04/94)” (ob. cit. pág. 1381).

4 - Incogitável a aplicação da sanção por litigância de má-fé, posto que não caracterizada na hipótese.

Litigar de má-fé é agir de forma maliciosa, com dolo ou culpa, provocando dano

processual à parte adversa. O litigante de má-fé faz uso de procedimento incompatíveis, não lícitos visando a obtenção de um resultado favorável, ou até mesmo para que a demanda se arraste, retardando a entrega da prestação jurisdicional.

O embargante nada mais fez do que apresentar sua resistência à execução, expondo os motivos pelos quais entende não ser devedor do valor executado, nas condições e na forma em que foi proposta, por isto, que inaplicável a pretensão requerida pela embargado.

5 - Pelo exposto, conhece-se do recurso, mas nega-se-lhe provimento.

Participaram do Julgamento, com votos vencedores, os Ex.mos Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 18 de novembro de 1998.

Des. Solon d'Eça Neves

Presidente e relator

ANEXO 21.

TIPO DE PROCESSO	: Apelação cível
NÚMERO ACÓRDÃO	: 97.014496-2
COMARCA	: Sombrio
DES. RELATOR	: Francisco Borges
ÓRGÃO JULGADOR	: Quarta Câmara Civil
DATA DECISÃO	: 04 de março de 1999
PUBLICADO NO DJESC	:

Apelação cível n. 97.014496-2, de Sombrio.

Relator: Des. Francisco Borges.

AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ÔNUS DA PROVA.

É de se ter como nula a cláusula que impõe ao segurado nomear advogado somente com autorização da seguradora, por afronta aos arts. 47 e 51, IV e XV do Código de Defesa do Consumidor, ainda mais quando se trata de relação profissional de extrema confiança.

Incumbe ao segurador o ônus da prova da desobrigação de indenizar e, não cumprido convincentemente, na dúvida, tanto a doutrina quanto a jurisprudência orientam-se no sentido de dar razão ao segurado.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 97.014496-2, da Comarca de Sombrio, em que é apelante Novo Hamburgo Cia de Seguros Gerais, sendo apelada Ana Goretti de Oliveira:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Ana Goretti de Oliveira ajuizou ação de cobrança contra Novo Hamburgo Cia de

Seguros Gerais alegando que, no dia 11.03.90, próximo a Piçarras, o seu caminhão Mercedes Benz 1313, placas WO 1003, colidiu com outro caminhão de propriedade de José Euclides Sá Britto, causando danos materiais em ambos os veículos.

Ocorre que o proprietário do outro veículo ajuizou ação de reparação de danos, na Comarca de Pelotas/RS e, julgada procedente, a autora acabou por pagar o correspondente a 70% do valor da indenização a que fora condenada, em 18.03.94. Todavia, seu caminhão estava segurado pela ré, conforme a apólice de seguro em anexo e, diante da recusa da ré em ressarcí-la, esgotados os meios amigáveis para receber o valor pago, obrigou-se a propor esta causa, pleiteando a condenação da seguradora a pagar o valor despendido, corrigido monetariamente desde o seu pagamento.

A ré contestou ressaltando, preliminarmente, que sua responsabilidade por eventual indenização restringe-se ao valor da apólice, aduzindo que a autora pleiteia valor absurdo, vislumbrando locupletamento ilícito, devendo ser considerada litigante de má-fé.

No mérito, disse que, quando da ação do terceiro, a autora “não diligenciou de forma alguma para apresentar sua defesa, EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, NÃO APRESENTOU CONTESTAÇÃO, NÃO DENUNCIOU À LIDE A ORA CONTESTANTE, SEQUER COMPARECEU À AUDIÊNCIA, TENDO INCLUSIVE SIDO APLICADA A PENA DE REVELIA À AUTORA” (fls. 34), infringindo, portanto, a cláusula 9.1.2 do contrato, que determina que o advogado de defesa do segurado em ação cível será nomeado de comum acordo com a seguradora, que poderá intervir na lide na qualidade de assistente.

Sustentando que não houve qualquer comunicação da seguradora de que fora acionada ou que contratara advogado para sua defesa, incidiu na pena prevista na cláusula 13, que impõe a perda do direito ao seguro se o segurado deixar de cumprir as obrigações convencionais da apólice.

A autora replicou e, saneado o feito, realizou-se audiência de instrução e julgamento, onde, inexitosa a conciliação, foram ouvidas a autora e suas testemunhas, deprecada a inquirição das demais testemunhas.

As razões finais foram apresentadas através de memoriais e, a seguir, o Dr. Juiz julgou procedente o pedido, entendendo ser nula a cláusula suscitada pela seguradora, por quebrar o *princípio* da confiança que deve reger a contratação de advogado pela parte na defesa de seus direitos, condenando a ré a pagar o valor despendido no sinistro, até o limite do valor segurado, além das custas processuais e honorários advocatícios de 20% do valor atribuído à causa, respeitado, igualmente nesta hipótese, o valor máximo da apólice para aplicação da verba honorária.

Inconformada, a seguradora apelou aduzindo que a sentença contrariou a prova dos autos, pois a autora não comprovou o fato constitutivo de seu direito, estando claro que houve descumprimento da cláusula 9.1.2 da apólice, sendo descabida a pretensa nulidade desta, como afirmou o Julgador. Pergunta, se não seriam nulos os atos praticados pelo profissional contratado pela apelada, na ação que o terceiro lhe moveu?

Acena como parcialidade do Magistrado, o fato de dizer que a apelada cumpriu com o que lhe competia. Ademais, nega ter tido conhecimento daquela demanda, questionando novamente, a impossibilidade de intervir como assistente, insistindo na perda do direito da cobertura securitária, por ter a apelada infringido cláusula contratual.

Nas contra-razões, a apelada rebateu as alegações da recorrente, defendendo a manutenção da sentença.

Após as formalidades legais, os autos alçaram a esta Corte.

É o relatório.

No que concerne à aludida cláusula contratual que a apelante pretende ver afastada a nulidade reconhecida na sentença, está ela assim redigida: “9.1.2 - O advogado de defesa do Segurado em Ação Cível será nomeado de comum acordo com a Seguradora, que poderá intervir na lide na qualidade de assistente.”

Como assinalou o Magistrado a quo, tal norma contratual fere o *princípio* da confiança que rege as relações entre o advogado e a parte, fazendo com que o segurado fique à mercê da seguradora para a escolha do profissional que o defenderá em lide contra si proposta.

Com efeito, tolhe a liberdade do indivíduo de contratar causídico que lhe ofereça maior segurança na defesa de seus interesses, seja por capacidade profissional, seja pelo grau de confiança que lhe deposita, qualidade esta essencial à espécie de relação estabelecida. Tal estipulação pode até tumultuar a defesa do segurado, obrigando a constituir outro advogado, na hipótese de divergência entre o segurado e a seguradora, na escolha do profissional.

Ademais, as relações entre seguradora e segurado incluem-se no âmbito das relações de consumo, ex vi do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, a interpretação das cláusulas contratuais deve se dar à luz do referido diploma, que em seu art. 47 estipula que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, determinando, ainda, a nulidade das cláusulas que “estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;” e que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor” (art. 51, incisos IV e XV).

Ainda assim, mesmo que não seguido esse entendimento, os argumentos levantados na contestação e ressuscitados no apelo carecem de suporte fático para sustentar a reforma da sentença, pois consta das peças juntadas às fls. 14/28, referentes ao processo entre a apelada e o terceiro envolvido no acidente, que na ação, movida pelo procedimento sumaríssimo, ao contrário do alegado pela recorrente, o feito foi contestado oralmente, quando da audiência, sendo denunciada à lide a seguradora, todavia tal pedido fora indeferido pela Juíza sob o argumento de ser incabível tal intervenção no procedimento adotado.

É certo que a autora não compareceu à audiência, tendo a Magistrada considerado-a confessa, todavia, poderia a seguradora intervir no feito na condição de assistente, salientando-se que embora tenha alegado a inexistência de qualquer comunicação quanto à ação movida pelo terceiro, há nos autos o regular aviso de sinistro (fls. 20), não impugnado, e o depoimento de funcionário da seguradora que em Juízo, a respeito da comunicação sobre o ajuizamento da demanda contra a apelada, consignou que “acha que o segurado comunicou a requerida, mas não tem certeza;” (fls. 111).

Incumbe à seguradora o ônus da prova da irresponsabilidade da obrigação de indenizar e, não cumprido convincentemente, na dúvida, tanto a doutrina quanto a jurisprudência orientam-se no sentido de se dar razão ao segurado.

Em julgado desta colenda Corte, proclamou-se:

“AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO DE SEGURO. EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR ASSUMIDA NO CONTRATO. ÔNUS DA PROVA DA IRRESPONSABILIDADE A CARGO DA SEGURADORA. SUBSISTÊNCIA DA OBRIGATORIEDADE DE PAGAR NO CASO DE DÚVIDA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO.”

“À seguradora cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde sempre pela obrigação” (JC 49/177).

“É da jurisprudência que, ‘ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação de indenização assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde sempre pela obrigação’ (RT vols. 401/247; 395/230 e 366/309).” (Ap. Cív. n. 46.786, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 21.09.95).

O saudoso mestre Clóvis Beviláqua recomendava, no contrato de seguro, a aplicação do *princípio* da equidade, salientando que, na apreciação da responsabilidade das partes, “jamais pode a sentença fundar-se em probabilidades infundadas” (*Código Civil Comentado*, 8. ed., v. 5, p. 214).

Doutrina e jurisprudência, do mesmo modo, têm interpretado que a exclusão do direito à indenização deve ser buscada em condições que não violem o *princípio* da equidade.

Neste sentido, a lição de Washington de Barros Monteiro:

“No contrato de seguro, a equidade desempenha papel saliente, porque um de seus esteios é, precisamente, a boa-fé; o magistrado, chamado a decidir uma contenda, deverá, pois, pronunciar eqüitativamente, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto” (*Curso de Direito Civil*, Saraiva, v. 2, p. 372).

Pertinente, ainda, o seguinte julgado do egrégio Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"SEGURO - Exoneração da obrigação de indenizar assumida no contrato - Ônus da prova da irresponsabilidade a cargo da seguradora - Subsistência da obrigatoriedade de pagar no caso de dúvida.

"Ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde sempre pela obrigação. Aqui se não cuida de opção. Na dúvida, a seguradora paga sempre. As dúvidas, pois, se avultam de molde a não se admitir, como pretende a executada, seja desde logo afastada a hipótese de crime. Só esse fato bastaria para impor à seguradora a obrigação de indenizar." (RT 401/247).

Por estes fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e participaram do mesmo, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 04 de março de 1999.

JOÃO JOSÉ SCHAEFER

Presidente p/ o acórdão

FRANCISCO BORGES

Relator

ANEXO 22.

TIPO DE PROCESSO	: Apelação Cível
NÚMERO ACÓRDÃO	: 97.008138-3
COMARCA	: Turvo
DES. RELATOR	: Gaspar Rubik
ÓRGÃO JULGADOR	: Segunda Câmara Civil
DATA DECISÃO	: 18 de março de 1.999
PUBLICADO NO DJESC	:

Apelação Cível nº 97.008138-3, de Turvo.

Relator: Des. Gaspar Rubik.

BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. CONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO, EM CONTESTAÇÃO, DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS E JUROS EXTORSIVOS. DEFESA INADMISSÍVEL. MATÉRIA DEDUTÍVEL APENAS EM AÇÃO PRÓPRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 97.008138-3, da comarca de Turvo, em que é apelante Dana Hahn, sendo apelado Banco General Motors S/A:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas legais.

Banco General Motors S/A propôs, com fulcro no Decreto-Lei n. 911/69, ação de busca e apreensão contra Dana Hahn, objetivando ver consolidada a posse e a propriedade plena e exclusiva em suas mãos de um veículo GM Blazer, cor verde ano 1.996, modelo 1.997, chassi n. 9BGII6ARVTC904160, cuja aquisição financiou à demandada através de contrato garantido por cláusula de alienação

fiduciária, que ela deixou de cumprir após o pagamento da primeira prestação, tornando-se, assim, inadimplente com as obrigações assumidas e dando azo ao vencimento antecipado do total do débito, com a conseqüente rescisão do pacto, já que regularmente constituída em mora através de notificação feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos.

Deferida e cumprida a liminar, a ré apresentou tempestiva contestação, argüindo, prefacialmente, ausência dos requisitos de desenvolvimento válido e regular do processo, sob a alegativa de não estar o contrato de alienação fiduciária registrado em cartório, bem como de nele não constar a assinatura de testemunhas.

Ainda em preliminar, sustentou a possibilidade de produção de provas no caso em apreço, ao argumento de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 911/69.

Meritoriamente, aduziu que o Banco Central e demais Instituições Creditícias, após a promulgação da atual Carta Constitucional, passaram a ser incompetentes para regular matéria relativa a juros e à ordem financeira em geral, de forma a dever ser aplicado à espécie o Decreto n. 22.626/33, que nunca foi revogado, para tanto atentando-se, outrossim, para a norma insculpida no §3º, art. 192, daquela Constituição.

Alegou, também, ser vítima dos contratos de adesão, que contém cláusulas abusivas e eivadas de nulidades que não seguiram as determinações dos §§3º e 4º, do art. 54, do Código de Defesa do Consumidor e são incompatíveis com a boa-fé e equidade, haja vista que o pacto em apreço foi por ela assinado em branco, tendo sido preenchido posteriormente pelo autor.

Disse, ainda, que o demandante vem aplicando excessiva taxa de juros, de forma capitalizada sobre o montante da dívida, bem como sua indevida cumulação com multa contratual e comissão de permanência, o que é expressamente vedado pelas Súmulas 121 do colendo Supremo Tribunal Federal e 30 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Derradeiramente, sustentou que o descumprimento da avença deu-se única e exclusivamente em face de sua excessiva onerosidade, não havendo, pois, que se apená-la, ainda, com o vencimento antecipado da dívida, mas, tão-somente, com

os valores das prestações em atraso até a data do desapossamento do bem.

Replicada a defesa, o MM. Juiz de Direito, em sentença antecipada que lançou nos autos, julgou procedente o pedido vestibular, declarando rescindido o contrato e consolidando a posse e domínio do bem nas mãos do demandante, autorizando-lhe a respectiva venda na forma do art. 3º, § único, do Decreto-Lei n. 911/69. Responsabilizou a vencida, outrossim, pelas custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Rejeitados embargos de declaração que opôs, por entender omissa a sentença em relação ao pedido de declaração de nulidade das cláusulas apontadas, a vencida interpôs, em seguida, tempestivo apelo, buscando a sua reforma, sob os mesmos e extensos argumentos de contestação, que então reeditou.

Após preparado o recurso e oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

Não procede a irresignação recursal, eis que a sentença está correta, não padecendo de nulidade ou reforma.

Preambularmente, cumpre anotar a respeito da aventada inconstitucionalidade do Dec. Lei n. 911/69 frente à Carta Política vigente, que o Excelso Pretório, intérprete máximo da matéria, tem se pronunciando sistematicamente no sentido de que “a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente não comporta discussão acerca da validade de cláusula contratual ou do montante da dívida (salvo, na segunda hipótese, se houver pedido de purgação da mora). Por expressa disposição de lei, ‘Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações do contrato’ (DL n. 911/69, art. 3º, § 2º), limitação que não viola o *princípio* da ampla defesa e do contraditório” (RE n. 141.320, Rel. Min. Octávio Gallotti).

E a partir daí, tem-se que desassiste razão à recorrente quanto à possibilidade de, na presente demanda, se discutir amplamente as cláusulas contratuais, a seu ver abusivas, pois, como é cediço, a contestação, à ação de busca e apreensão regulada pelo Decreto-Lei nº 911/69 é circunscrita quanto à matéria a um âmbito muitíssimo restrito.

Conforme a dicção legal (art. 3º, § 2º), e a respeito pacífica é a mais sábia doutrina (cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. Forense Universitária, p. 164; GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, RT, p. 119; RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*, RT, p. 393; FOSTER, Nestor José. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Sulina, p. 80), quanto à defesa de mérito, na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais (art. 3º, § 2º).

Certo que, a par dos temas legalmente delimitados, permite a jurisprudência que se discuta, ainda, eventual desvirtuamento do instituto em questão.

Ocorre que, na espécie, a apelante deixou de abordar tanto as defesas delimitadas em lei, como aquela tolerada pelos tribunais, lançando-se a questionar diversas cláusulas contratuais que reputou abusivas, como a que estabelece o indexador, ou a que fixa a comissão de permanência, cujas matérias não encontram espaço no presente procedimento, só podendo ser suscitadas e debatidas em ação apropriada à discussão do contrato e da própria origem do débito.

Neste sentido, sufragado entendimento predominante na jurisprudência pátria, repousa em remanso a orientação deste Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. INADIMPLÊNCIA. BUSCA E APREENSÃO DOS BENS QUE GARANTIAM O CONTRATO ATRAVÉS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS E JUROS ILEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DA REFERIDA AÇÃO DE COGNIÇÃO RESTRITA. RECURSO DESPROVIDO.

‘Destina-se a ação de busca e apreensão, prevista no Decreto-Lei nº 911/69, à consolidação da propriedade nas mãos de seu titular, prevalecendo as disposições contidas no art. 3º, §2º, do citado texto legal, quanto à limitação da matéria, tendo-se por estéreis e impossíveis as alegações sobre as cláusulas contratuais, somente apreciáveis em momentos e processos outros, dado o âmbito restrito de sua finalidade’ (TAMG)”. (Apelação Cível nº 97.014433-4, de Sombrio, j. em 25.06.98).

Ainda:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI 911/69. CONSTITUCIONALIDADE. CONTESTAÇÃO. LIMITES. RECURSO DESPROVIDO.

A ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente não comporta discussão acerca da validade de cláusula contratual ou do montante da dívida (salvo, na segunda hipótese, se houver pedido de purgação da mora). Por expressa disposição de lei, ‘na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações do contrato’ (DL nº 911/69, art. 3º, §2º), limitação que não viola o *princípio* da ampla defesa e do contraditório. (RE nº 141.320, Min. Octávio Gallotti)”. (Apelação Cível nº 50.133, de São Miguel do Oeste, Rei. Des. Newton Trisotto, j. em 26.06.97).

E mais:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO [...]

A discussão a respeito de cláusulas contratuais relativas aos juros, à multa e aos índices de correção monetária adotados não tem cabimento no âmbito estreito da ação de busca e apreensão. (Apelação Cível nº 97.010788-9, de São José, Rei. Des. Eder Graf, j. em 07.11.97).

E se assim é, por óbvio que não cabia ao douto togado singular, e tampouco cabe a este órgão recursal, ainda que provocado, enfrentar todas as matérias suscitadas que, ex vi legis, não comportam apreciação neste restrito procedimento, sem que com isto se esteja a incorrer em omissão passível de autorizar a oposição de embargos de declaração.

Destarte, e limitado a isto, é que se não conhece da matéria ventilada, estranha ao permissivo legal, desprovendo-se, no mais, o recurso e confirmando-se a douda sentença fustigada.

Por todo o exposto, decide esta Câmara, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 18 de março de 1.999.

ANSELMO CERELLO

Presidente c/ voto

GASPAR RUBIK

Relator

ANEXO 23

TIPO DE PROCESSO : Apelação Cível
 NÚMERO ACÓRDÃO : 96.011833-0
 COMARCA : Pomerode
 DES. RELATOR : Alcides Aguiar
 ÓRGÃO JULGADOR : Quarta Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 18 de março de 1999
 PUBLICADO NO DJESC :

Apelação Cível n. 96.011833-0, de Pomerode.

Relator: Desembargador Alcides Aguiar.

SEGURO - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE COBRANÇA PORÉM MOVIDA PELA SEGURADA A FIM DE OBRIGAR A SEGURADORA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS HOSPITALARES E MÉDICAS PELA INTERNAÇÃO DAQUELA - CONTRATO DO TIPO REEMBOLSO - ADMISSIBILIDADE PORÉM DO PAGAMENTO DIRETO PELA SEGURADORA PREVISTO NO CONTRATO - LEGITIMAÇÃO ATIVA - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADA.

Seguro coletivo - "Tétano" - Doença infecto, não contagiosa - Cláusula contratual, excluindo as despesas de tratamento de doenças infecto-contagiosas de notificação compulsória - Norma obscura ou não suficientemente clara em face ao conhecimento médio do brasileiro - Aplicação ao caso do Código de Defesa do Consumidor - Previsão contratual ademais prevendo a cobertura em razão de despesas médico-hospitalares determinadas por "urgências clínicas, consideradas como tais os casos que determinem risco de vida imediato, em fase aguda e que não possam ser tratadas em residência" - Segurada internada sob tais condições - Ação procedente - Apelo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 96.011833-0, da

comarca de Pomerode, em que é apelante Bradesco Seguros S/A, sendo apelada Rosalinda Hersing:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Rosalinda Hersing moveu ação de cobrança contra Bradesco Seguros S/A, objetivando o pagamento de despesas médico hospitalares, feitas em razão de pequeno acidente doméstico que restou agravado, inclusive com internação - entre 2.12.94 a 17.1.95 - na UTI do Hospital Santa Catarina, na cidade de Blumenau, dêz que viera a ser acometida de tétano. Menciona que é filiada ao plano de saúde Bradesco Seguros S/A, conforme apólice e contrato firmado pela Associação Comercial e Industrial de Pomerode.

Ressalta que desde o início a seguradora vem se negando a dar cobertura ao sinistro, primeiro recusando a liberação de senha para fins de tratamento, depois, com a negativa sob o fundamento de ser a autora portadora de doença infecto contagiosa de notificação compulsória, insuscetível de achar-se coberta pelo plano.

Diz que em razão da negativa por parte da seguradora, ficou em débito com o Hospital Santa Catarina de Blumenau, no valor de R\$ 28.162,45 (vinte e oito mil, cento e sessenta e dois reais e quarenta e cinco centavos), inobstante referido nosocômio demonstrar compreensão ao não executar judicialmente o débito até o desfecho desta ação.

Aduz que estranhamente a seguradora elencou no contrato a síndrome de deficiência imunológica, e não fez constar as demais doenças infecto contagiosas de notificação compulsória, ficando claro que a pessoa de grau médio não tem condições de especificar quais são estas doenças que o contrato não abrange.

Ademais, no item 2 da Apólice, estão cobertas "urgências clínicas, consideradas como tais os casos que determinam risco de vida imediato, em fase aguda e que não possam ser tratados em residência".

Por fim, trata-se de contrato de adesão e de risco, art. 1.458 do CC, restando a obrigação de pagar, salvo se o segurado agiu de má-fé.

Em contestação, a ré aduziu em síntese: preliminarmente falta de interesse processual, por ser o seguro de reembolso de despesas de assistência médica e/ou hospitalar, a autora não desembolsou nenhum valor com o tratamento objeto da ação, o que lhe falece o direito pleiteado; a validade e o respeito que sustentam as condições do seguro, acima transcritas provém do art. 1.434 do CC; mesmo tratando-se de contrato de adesão, não pode a autora alegar tal fato negativamente, visto que a lei supre tal possibilidade, art. 21 do Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966. No mérito, ressalta que as seguradoras só se obrigam a indenizar prejuízos resultantes de riscos futuros em que estejam previstos no contrato; os seguros são regidos pela superintendência de seguros privados — SUSEP e não de livre alvitre das seguradoras; segundo o art. 334 do CPC, não dependem de prova os fatos notórios; a limitação de risco tem sido consagrada como cláusula válida pelos nossos tribunais.

Por isso tenta se eximir a autora, alegando desconhecer que a doença "tétano" é infecto-contagiosa portanto adquirida, e de notificação compulsória, excluída da cobertura securitária.

Replicada a contestação, com ressalva para o disposto no item 1.3 da apólice, o douto Togado a quo julgou procedente em parte o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento, por reembolso ou de forma direta aos prestadores dos serviços, a critério da autora, do valor das despesas médico-hospitalares.

Irresignada, a ré interpôs recurso de apelação, sublinhando, preliminarmente, a falta de interesse processual. No mérito, assevera que em se tratando de seguro coletivo, não poderia a apelada desconhecer as condições do contrato e a exclusão do "tétano" da cobertura; relativamente à cláusula 2, onde trata das causas consideradas "urgências clínicas, consideradas como tais os casos que determinam risco de vida imediato, em fase aguda e que não possam ser tratados em residência", não tem esta o sentido aplicado pelo MM. Juiz, posto que a internação hospitalar é monitorada pela seguradora, com a observância de certos requisitos, exceto naquelas condições "que determine risco de vida imediato, em fase aguda e que não possam se tratados em residência".

Contesta enfim a aplicabilidade ao caso concreto de disposições do Código de

Defesa do Consumidor, tal como entendeu o Magistrado.

Em contra-razões, a apelada postula pela manutenção da sentença objurgada por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Inconformada com a sentença, a ré interpôs recurso de apelação objetivando a modificação integral do julgado, renovando as teses apresentadas na contestação. Primeiramente argúi preliminar de falta de interesse processual, por ser o presente contrato de seguro do tipo reembolso. Não assiste razão à apelante, pois trata-se de típico contrato de adesão, admitindo-se cláusula resolutória, conforme art. 54 do Código de Defesa do Consumidor.

No contrato firmado pelas partes, há mais de uma modalidade de pagamento, sendo a primeira por reembolso e a segunda por desembolso, ex vi da cláusula 1.2. das condições gerais do contrato em comento: “A seguradora poderá, em nome e por conta do segurado, efetuar diretamente o pagamento das despesas médico-hospitalares à pessoa física ou jurídica prestadora dos serviços” (fls. 47). Assim, inexistente a alegada falta de interesse processual por parte da autora.

Sobre o assunto leciona Cláudia Lima Marques:

“O contrato de seguro-saúde vem regulado e definido pela lei específica dos seguros, Decreto-Lei n. 73, de 21.11.66, possuindo duas modalidades: a) os contratos envolvendo o reembolso de futuras despesas médicas eventualmente realizadas (art. 129), contratos de seguro-saúde fornecidos por companhias seguradoras, empresas bancárias e outras sociedades civis autorizadas; b) os contratos envolvendo o pré-pagamento de futuras e eventuais despesas médicas (art. 135), mercado no qual operam as cooperativas e associações médicas. Hoje o contrato da modalidade pré-pagamento é utilizado também pelas empresas seguradoras e sociedades não-médicas, as quais vinculam-se a um grupo de médicos e hospitais “conveniados” e oferecem uma forma mista de seguro, de reembolso das despesas médicas e de pré-pagamento, onde a utilização dos serviços médicos “conveniados” é livre, não necessitando pagamento e conseqüente reembolso.

“Note-se que o contrato de medicina pré-paga, apesar de incluído na lei de

seguros, apresenta muitas semelhanças com o contrato de fornecimento de serviços médicos-hospitalares simples, isto é, aquele fechado por um consumidor que procura o médico ou hospital na atualidade de sua doença ou acidente e não face a um seguro ou previsão de eventual doença futura. Seria o contrato de medicina paga e não pré-paga. Destacamos a semelhança de ambos os tipos, pois esses poderiam ser incluídos como subespécies de “contrato de assistência médica-hospitalar”. Esta inclusão facilitaria sobremaneira a aceitação da existência de uma obrigação conjunta de qualidade (leia-se, solidariedade) entre fornecedores de serviços. Haveria uma obrigação de meio ou de resultado vinculando o consumidor, o executor direto dos serviços (médico, enfermeiros, anestesista etc.) e o fornecedor indireto dos serviços (hospital, consultório médico, empresa que explora economicamente a modalidade de medicina pré-paga), o qual contratou com o consumidor e organizou esta cadeia solidária de fornecedores do serviço médico.

“A jurisprudência brasileira é pacífica ao considerar tais contratos, tanto os de assistência hospitalar direta, como os de seguro-saúde, ou de assistência médica pré-paga como submetidos às novas normas do CDC” (In: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., RT, 1995, p. 134 - 135).

Os Tribunais pátrios têm decidido:

“Ação de cobrança. Contrato de seguro. Seguradora que pactua condição vantajosa em favor do segurado não poderá alegar, para descumprir a obrigação de indenizar, impedimento legal. Vedando o Decreto-Lei n. 73/66, que contém disposições no interesse dos segurados e beneficiários, a inclusão nas apólices de seguro de cláusula que subtraia sua validade e eficácia, não cabe interpretar com prejuízo do segurado a supressão da cláusula que o beneficia’.

“O Decreto-Lei n. 73/66 no seu art. 13 dispõe expressamente que as apólices não poderão conter cláusula que permita a rescisão unilateral dos contratos de seguros ou, por qualquer motivo, seja subtraída sua eficácia e validade além das situações previstas em lei.

“Observa-se que a cláusula 3 alínea a que suprime o direito anteriormente estabelecido pela cláusula 2, de forma que, pela aplicação do Código de Defesa

do Consumidor, essa cláusula é nula de pleno direito.

“O art. 51 do CDC determina que são nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

“IV — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade’.

“Prosseguindo, no § 1º e no inc. II do referido art. 51 temos que:

“§ 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

“II — restringe direitos ou obrigações fundamentais [...] ”

“A autonomia de vontades, tendo como máxima o *pacta sunt servanda* foi relegada a um segundo plano, em face da nova lei do consumidor, a qual proíbe o pacto de cláusulas abusivas. A lei vela pelo equilíbrio contratual, impondo normas imperativas que garantam a expectativa legítima do consumidor, frente ao contrato celebrado.

“A equidade contratual é um dogma a superar a autonomia de vontade e este controle poderá ser exercício pelo Poder Judiciário a posteriori, após a formação do contrato. Neste caso, declarando-se tais cláusulas como nulas (art. 6º, inc. IV do CDC). As disposições anuladas são dadas como pró-consumidor, restabelecendo-se o equilíbrio contratual.

“No Decreto-Lei n. 73/66, que regulamenta os contratos de seguro, está disposto no art. 2º que o controle do Estado será exercido pelos órgãos instituídos neste decreto-lei, no interesse dos segurados e benefícios dos contratos de seguro” (In: MENEZES, João carlos. *Código do Consumidor, Jurisprudência Seleccionada*, 2. ed. ,Bookseller, 1998. p. 623/624).

Destarte, afasta-se a preliminar de falta de interesse de agir.

No mérito, aduz que não poderia desconhecer a apelada as condições do contrato, posto tratar-se de um contrato de seguro coletivo, estipulado pela Associação Comercial e Industrial de Pomerode, que é mandatária do segurado, nos termos do art. 21, § 2º, do Decreto-Lei n. 73, de 21.11.66. Assim, sendo “a referida associação entidade organizada, aparelhada, com inclusive assessoramento jurídico, tem a obrigação de conhecer os termos do contrato que

estipulou e o repassou ao seu associado/representado” (fls. 101).

Por último, afirma que “a decisão da requerida/recorrente cingiu-se apenas a não cobertura do evento (doença infecto-contagiosa), consoante as condições da apólice”.

A matéria de mérito restou bem analisada pelo culto e operoso magistrado sentenciante, cuja sentença merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Como ressaltou no julgado, a presente relação contratual é abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, devendo as cláusulas pactuadas serem interpretadas de maneira a mais favorável ao consumidor.

Assim, enfatiza que: “Interessa-nos neste momento é que os contratos de adesão deverão ser redigidos em termos claros, e a toda evidência, a cláusula que diz que estão excluídas as despesas de tratamento de doenças infecto-contagiosas de notificação compulsória, não é clara o suficiente para aquele homem médio, sem conhecimento específico de medicina, e que não tem obrigação de sabê-lo, que o tétano é daquelas doenças consideradas como infecto-contagiosas.

“É de se perguntar: qual a razão de ter a Seguradora feito constar a Síndrome de Deficiência Imunológica Adquirida, de forma específica, e não as demais doenças infecto-contagiosas?

“A resposta, por certo, não será no sentido que com isso a Seguradora pretendia esclarecer os Segurados.

“Por outro lado, também é de se considerar, que a tese de ser um fato notório, aquele de ser o tétano uma doença infecto-contagiosa, e por isso prescindir de prova, não pode vingar.

“Se não é possível ao cidadão escudar-se sob o argumento do desconhecimento da lei, o mesmo não pode ser aplicado às inúmeras portarias e resoluções emanadas de Ministérios e entidades governamentais ou autárquicas.

“A Lei n. 6.259/75, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, e sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças. Em seu art. 7º diz que são de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou

confirmados, para em seu inciso II, dispor:

“II — de doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente.”

“Esta relação consta da Portaria BSB n. 314, de 27 de agosto de 1976, ampliada posteriormente pela Portaria BSB número 608 de 22 de outubro de 1979.

“Ora, não se queira esperar de qualquer cidadão, homem ou mulher do povo brasileiro, de nível intelectual médio, tenha conhecimento que o tétano é daquelas doenças consideradas de notificação compulsória” (fls. 92).

O argumento da apelante, de que a Associação Comercial e Industrial de Pomerode, que é mandatária do segurado, nos termos do art. 21, § 2º, do Decreto-Lei n. 73, de 21.11.66, entidade organizada, aparelhada, inclusive com assessoramento jurídico, tem a obrigação de conhecer os termos do contrato que estipulou e o repassou ao seu associado/representado, é de todo despiciendo, posto que, mesmo admitindo-se a capacidade da mandatária, a doença em comento não se inclui dentre aquelas relacionadas no item 3, letra “f”, do contrato, como bem elucidou a respeitável sentença objurgada:

“[...] é de se esclarecer, que o tétano, embora doença infecciosa é daquelas não contagiosas, o que por certo, faz com que deixe de constar entre aquelas que a Requerida pretende incluir no rol de despesas excluídas.

“Na obra Infectologia Pediátrica, editado em 1993, pela Livraria Atheneu Editora, em sua Parte III, relativa às Doenças Bacterianas, no Capítulo 20, Roberto Focaccia, á página 207, assim leciona:

“O tétano é doença infecciosa, não-contagiosa, causada pela ação, sobre o SNC, de uma exotoxina produzida pelo bacilo tetânico. é doença milenar, havendo referências sobre ela em papiros egípcios que datam de 1.500 anos a.C.”

“Temos, deste modo, a palavra de um especialista em medicina, que nos afirma ser o tétano doença infecciosa, mas não contagiosa.

Após, conclui:

“Assim sendo, há duas maneiras de se enfrentar a tese da Contestante, a primeira, aquela que não é clara a redação da cláusula contratual, não sendo lícito exigir de pessoa de nível de conhecimento médio do povo brasileiro, saber que o

tétano é daquelas doenças infecciosas de notificação compulsória, e por isso deveria estar elencada expressamente na apólice que a Segurada aderiu, e a outra, segunda, é de considerar-se que a dita doença (tétano) é doença infecciosa mas não contagiosa, embora de notificação obrigatória, restando assim excluída daquelas doenças abrangidas pela cláusula obscura, ou não redigida em termos claros.

“Repiso, embora com a possibilidade de me tornar repetitivo, que as cláusulas, embora lícitas, mas não claras em sua redação, como é o caso daquela de número 03, em especial em sua letra “f”, que esta sobre apreciação, por não elencar expressamente quais as doenças consideradas infecto-contagiosas de notificação compulsória, deve ser interpretada em favor da contratante que aderiu, no caso a Requerente” (fls. 93).

A decisão de Primeiro Grau ainda se revela incensurável quando reporta-se à cláusula 2ª da apólice, que trata das despesas cobertas pelo seguro, letra b, ao dispor: “Urgências clínicas, consideradas como tais os casos que determinem risco de vida imediato, em fase aguda e que não possam ser tratadas em residência”. Na espécie, a autora exibiu a declaração e relatório médico - fls. 24/25 - onde expressamente a segurada apresentava quadro clínico de tétano grave e risco iminente de vida.

Acresça-se à sentença, o seguinte julgado:

“Plano de Saúde. Contrato de adesão. Cláusulas obscuras ou ambíguas geradas pela publicidade atrativa, não raro enganosa e que manietta a vontade nem sempre convenientemente esclarecida do público. Interpretação do pacto segundo sua finalidade econômica. Dano moral que refoge à lógica do razoável.

“Na busca da vontade que norteia o negócio jurídico, é dever do intérprete perquirir a sua essencialidade econômica, ao espelho da teoria da vontade, ao diverso da simples declaração, segundo a moldura do art. 85, da nossa Lei Civil.

“Cuidando de contrato de adesão a cláusula ambígua ou obscura enseja que a interpretação mais liberal se incline a favor do aderente, acreditado na sua aspiração e boa fé; mormente quando se trata de “plano de saúde”, proteção que todos almejam ante os imprevistos do destino, até porque, na feliz observação de

J. M. Othom Sidou (*A revisão judicial dos contratos*, 2. ed., Forense Universitária p. 176), “a atuação do polícitante é oferecer o instrumento pronto e a do oblato é aderir”. Simplesmente adere, fica à mercê da onda [...], e não raro quando vai valer-se do plano fica a pé na praia sem embarcação, no refrão da sabedoria popular, “a ver navios [...]”

“Afiml, pelo que se detecta no cotidiano dos pretórios, destacado pelo notável civilista Orlando Gomes (*Contrato de adesão*, p. 106/ss.), processo de formação dos contratos de adesão propicia abusos e manipulações por parte de quem traça as suas condições gerais, no que transcende a autonomia privada, e ao invés de conferir o equilíbrio necessário às aspirações do aderente-contratante, acaba por iludi-lo, frustrando-o em seus anseios de proteção no momento angustiante que tem de valer do pactuado. Nesses casos, tem o Julgador um papel relevante de proteger o contratante aderente contra o artifício manipulador da sua captação ao pacto. [...]” (In: MENEZES, João Carlos. *Código do Consumidor, Jurisprudência Seleccionada*, 2. ed. Bookseller, 19898. p. 150 - 151).

Portanto, não há como prevalecer os argumentos da recorrente, devendo ser mantida a decisão monocrática em todos os seus termos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 18 de março de 1999.

João José Schaefer

PRESIDENTE

Alcides Aguiar

RELATOR